UNIVERSITÉ DE NANCY. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA NATURE ET DE LA PORTÉE

DES

DÉCISIONS JUDICIAIRES

EN

MATIÈRE GRACIEUSE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Seconde Mention)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

le samedi 15 novembre 1913, à 4 heures

PAR

ANDRÉ HENRY

AVOCAT

DOCTEUR EN DROIT ÈS-SCIENCES JURIDIQUES

LAURÉAT DE LA FACULTÉ

(PRIX DE DROIT CIVIL, DE DROIT ADMINISTRATIF ET DE THÈSE)

Président : M. ROLLAND, *professeur.*

Suffragants : MM. NAST, *agrégé.*
OUDINOT, *chargé de cours.*

Thèse Nancy

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1913

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

Doyen : M. BINET, I. ✠.
Doyen honoraire et professeur honoraire : M. BLONDEL, ✻, I ✠.
Professeurs honoraires : M. MAY, I. ✠ et M. BEAUCHET, I. ✠.

MM. BINET, I. ✠, Professeur de *Code civil* et Chargé du *Cours d'enregistrement*, doyen.

GARNIER, I ✠, Professeur d'*Economie politique* et Chargé du *Cours de Législation financière*.

BOURCART, ✻, I ✠, Professeur de *Droit commercial* et Chargé d'un *Cours de Droit commercial* (Licence).

GAVET, I ✠, Professeur d'*Histoire du Droit*, Chargé du *Cours d'histoire du droit public* et du *Cours d'histoire du droit et des institutions juridiques de l'Est*.

CHRÉTIEN, I ✠, Professeur de *Droit international public et privé* et Chargé du *Cours de Droit international public* (Doctorat).

CARRÉ DE MALBERG, I ✠, Professeur de *Droit public et constitutionnel* et Chargé des *Cours de Droit public* (Licence) et de *Droit public et Droit constitutionnel comparé* (Doctorat).

GÉNY, I ✠, Professeur de *Code civil* et Chargé du *Cours de Droit civil approfondi* (Doctorat).

MICHON, I ✠, Professeur de *Droit romain*, et Chargé du *Cours d'histoire du droit privé* (Doctorat).

BROCARD, A. ✠, Professeur *d'Economie politique* et *d'Histoire des Doctrines économiques* (Doctorat), et chargé d'un *Cours d'Economie politique* (Licence).

ROLLAND, A. ✠, Professeur de *Droit administratif* et chargé d'un *Cours de Droit administratif* (Doctorat).

SENN, A. ✠, Professeur de *Droit romain* et chargé d'un *Cours de Législation industrielle* (Licence) et d'un *Cours de Pandectes*.

NAST, Agrégé, chargé du *Cours de Droit criminel*, d'un *Cours de Droit naturel* et d'un *Cours d'Eléments de Droit civil* (Capacité).

MOREL, Agrégé et chargé d'un *Cours de droit civil* et du *Cours de Législation et Economie coloniales*.

OUDINOT, Docteur en droit, chargé des *Cours de Procédure civile et de voies d'exécution*.

SIMONNET, A. ✠, Docteur en droit, Chargé d'un *Cours d'éléments de Droit civil* (Capacité).

RENARD, A. ✠, Docteur en droit, Chargé d'un *Cours d'Eléments de Droit public et administratif* (Capacité).

MELIN, A. ✠, Docteur en droit, Chargé du *Cours de Science sociale*.

ROVEL, I ✠, Docteur en Droit, Secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

UNIVERSITÉ DE NANCY. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA NATURE ET DE LA PORTÉE

DES

DÉCISIONS JUDICIAIRES

EN

MATIÈRE GRACIEUSE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Seconde Mention)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

le samedi 15 novembre 1913, à 4 heures

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

PAR

ANDRÉ HENRY

AVOCAT
DOCTEUR EN DROIT ÈS-SCIENCES JURIDIQUES
LAURÉAT DE LA FACULTÉ
(PRIX DE DROIT CIVIL, DE DROIT ADMINISTRATIF ET DE THÈSE)

Président : M. ROLLAND, *professeur.*

Suffragants : MM. NAST, *agrégé.*
OUDINOT, *chargé de cours.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1913

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547220_0013

BIBLIOGRAPHIE

I. — Procédure civile.

Guyot. — *Répertoire de jurisprudence*, au mot : *Contentieux*, 1783.
Merlin. — *Répertoire de jurisprudence*, au mot : *Juridiction volontaire*, 1828.
Henrion de Pansey. — De l'autorité judiciaire, chap. XVII.
Rauter. — Cours de procédure civile, 1834.
Bertin. — Chambre du conseil (annoté par Bloch et Breuillac), 1894.
— Ordonnances sur requête, 1875.
Cazalens. — Notes au Dalloz, 75, 2, p. 73, 105, 137.
Tissier. — Note au Sirey, 91.2.57.
Glasson. — Notes au Dalloz, 85.2.217, D. 87.2.17, D. 92.2.49, D. 96.1.5.
Lefas. — Notion de la juridiction gracieuse, thèse Paris, 1896.
Planiol (Marcel). — Note au Dalloz, 1906.1.337.
Garsonnet. — Traité de procédure civile, t. VIII, p. 217 et suiv.
Glasson et Tissier. — *Précis de procédure civile*, t. I, p. 54, 1908.
Planiol (Maurice). — Caractères et effets des décisions de juridiction gracieuse, thèse Paris, 1910.
Japiot. — *Revue trimestrielle de droit civil*, 1912, 3e fasc., p. 771.
A titre secondaire : Voir également :
Celers. — Jugements d'expédients, thèse Paris, 1901.
Baudin. — Ordonnances sur requête, thèse Dijon, 1902.
Maupoint. — Le contrat judiciaire, thèse Paris, 1911.

II. — Droit public (Distinction de l'acte juridictionnel et administratif).

Hauriou. — *Manuel de droit administratif.*
— Les éléments du contentieux, 1905, p. 36.
Duguit. — L'Etat, le droit objectif et la loi positive (surtout, p. 416), 1901.
— *Manuel de droit constitutionnel*, 1907, p. 237 et suiv.
Jèze. — *Revue de droit public*, 1909, p. 667 et suiv. — Cours fait à Paris 1913 (publié chez Giard et Brière) (surtout, p. 33 et suiv.).

Nota. — Notre sujet touchant à deux domaines assez différents : droit, public et procédure civile, nous avons cru bon de grouper sous deux rubriques différentes les sources bibliographiques de notre thèse, afin d'en faciliter la recherche au lecteur.

INTRODUCTION

Les études théoriques de procédure civile ne semblent pas être très à la mode en France.

La procédure reste d'ordinaire confinée dans le domaine de la pratique courante et — à part les spécialistes de la matière (1) — les jurisconsultes négligent le plus souvent d'en aborder l'examen critique.

Pourtant ce discrédit jeté sur la procédure civile semble bien peu mérité. Cette science dont les ramifications profondes s'étendent à la fois dans le domaine du droit privé et dans la sphère du droit public nous semble digne d'un examen plus approfondi.

C'est pourquoi nous avons cru qu'il pourrait être intéressant de choisir dans cette branche de l'activité juridique notre second sujet de thèse en nous efforçant d'approfondir une question très controversée : le problème de la *juridiction gracieuse*.

Ce sujet nous semble en effet présenter un double intérêt théorique et pratique digne de retenir et de fixer sur lui l'attention du jurisconsulte.

(1) Comme : M. Tissier, professeur de procédure civile à la Faculté de Paris, notre ancien maître M. Beauchet, M. Japiot, professeur à la Faculté de Caen, et d'autres encore.

M. Tissier a parfaitement mis en lumière les causes de ce dédain de la procédure, et il s'est efforcé de la réhabiliter. Voir *Rôle social de la procédure. Méthodes juridiques*, p. 103 et suiv.

§ 1. — Intérêt pratique du sujet.

Le rôle principal du juge est de vider les litiges, de trancher les contestations qui peuvent naître entre particuliers ; c'est également, en prononçant des peines prévues par la loi pénale, d'assurer le respect de l'ordre et de la tranquillité sociale. Mais on se tromperait gravement en croyant que les fonctions du juge se limitent à l'heure actuelle à cette double tâche.

En fait, le juge intervient souvent dans la vie des particuliers, en l'absence même de tout procès civil ou pénal. Sans parler des cas où il exerce des fonctions analogues à celles des notaires et des officiers publics (1), il s'ingère également dans la vie privée des citoyens pour exercer vis-à-vis d'eux un pouvoir de contrôle, de direction et de tutelle. Il est le représentant autorisé de l'absent ou de l'incapable, de la femme ou du mineur, dont il a la mission de défendre les intérêts souvent méconnus. C'est à sa prudence éclairée que l'on doit avoir recours lorsqu'il s'agit, dans un moment de nécessité, d'aliéner le capital de l'enfant en tutelle ou celui de la femme dotale. Le juge est ainsi constitué comme le gardien des intérêts pécuniaires de l'incapable, comme l'arbitre souverain de la gestion de sa fortune.

(1) Comme dans les cas que nous indiquerons plus loin où le juge de paix intervient pour recevoir le contrat d'adoption (art. 353 C. civ.) ou l'acte d'émancipation (art. 477 C. civ.).

Pour se convaincre d'une façon indubitable de l'étendue de ces pouvoirs du juge, il suffit de parcourir un Code civil ou un Code de procédure. Le Code civil fait intervenir le juge pour autoriser la femme à passer des actes juridiques lorsque le mari est empêché de donner son autorisation (art. 221 et 222) ou lorsqu'il la refuse injustement (art. 218 et 219).

Il fait également du tribunal statuant en chambre du conseil le plus haut rouage de la tutelle, puisque c'est le tribunal qui doit autoriser en dernier ressort, l'hypothèque et la vente des immeubles des mineurs, les transactions qui interviendraient avec des tiers (art. 467, al. 2).

C'est de même à la justice qu'incombe le soin de permettre l'aliénation du fonds dotal pour assurer le placement des enfants (art. 1555) ou dénouer une crise de famille (art. 1558).

C'est enfin le juge qui prononce l'entrée en possession des biens de l'absent (art. 120) ou du légataire universel (art. 1008).

Le Code de procédure lui confie la mission délicate d'abréger les délais ordinaires des ajournements (art. 71 et 417 C. proc. civ.) ou d'autoriser les différentes saisies conservatoires : saisie-gagerie (art. 819), saisie foraine (art. 822) et saisie-revendication (art. 826). De la combinaison du Code civil et du Code de procédure, il apparaît que le juge doit être le médiateur dans les procès et les contestations entre époux, et qu'avant

d'autoriser la femme à assigner son mari en séparation de biens (art. 865 C. proc. civ.) ou les époux à former une demande en divorce, ou en séparation de corps (art. 235 et 238 C. civ.) il doit faire le nécessaire pour obtenir leur réconciliation. Lorsque la réconciliation est impossible et que la procédure s'engage définitivement, c'est le juge qui intervient encore, pour prendre une série de mesures provisoires : fixation du domicile séparé de la femme, allocation à celle-ci d'une pension alimentaire, le cas échéant, détermination du sort et de la garde des enfants (art. 238 C. civ. modifié en 1896) (1).

On voit combien était déjà longue la liste des fonctions de protection et de tutelle imposées au juge par nos anciens Codes. Mais il semble que la tendance du législateur moderne soit d'étendre encore plus ce rôle nouveau du juge, en le faisant intervenir sans cesse dans la vie des particuliers.

Lorsqu'en 1880 on songe à protéger sérieusement la fortune mobilière du mineur, c'est au juge que l'on pense naturellement pour exercer ce rôle ;c'est ainsi que l'on confie au tribunal le soin d'homologuer les aliénations de meubles d'une valeur supérieure à 1.500 francs (art. 2, loi du 27 février 1880).

Le législateur du 2 juillet 1907 qui a organisé la

(1) Nous indiquons ici les solutions adoptées non par le Code civil primitif, mais par le Code civil tel qu'il a été définitivement modifié en 1896.

tutelle des enfants naturels, a confié au tribunal les fonctions qui sont dévolues normalement au conseil de famille des enfants légitimes (art. 389 modifié).

La loi du 13 juillet 1907 a pensé que le meilleur moyen d'assurer la contribution des époux aux charges du ménage était d'investir le juge de paix du droit d'autoriser une saisie-arrêt du salaire particulièrement simple et rapide (art. 7 de la loi).

Lorsque deux ans plus tard, on complète le cycle de nos lois sociales, en organisant le 12 juillet 1909 un bien de famille insaisissable, on soumet l'acte de constitution à l'homologation du juge de paix (art. 8) en comptant que ce magistrat saura utilement faire respecter les droits légitimes des créanciers.

Peu de temps après, c'est la loi du 6 avril 1910, qui vient limiter les pouvoirs du père administrateur légal et l'oblige dans les mêmes cas que le tuteur à obtenir l'autorisation de justice (§ 6 de la loi).

Tout dernièrement encore la loi du 22 juillet 1912, en organisant les tribunaux d'enfants, ne s'est pas contentée d'investir le juge d'une fonction répressive. Non seulement elle lui permet de prendre au moment de l'infraction des mesures éducatives, d'ordonner la « mise en liberté surveillée » de l'enfant, mais elle lui confie de plus le droit de surveiller l'exercice de la puissance paternelle, d'assurer la direction morale de l'enfant, par l'intermédiaire du délégué choisi par le tribunal (art. 22 et 23 de la loi).

Enfin, si du droit français nous passons au droit étranger, nous constaterons que le rôle du juge y a été encore plus étendu ; que dans le droit allemand, par exemple, la surveillance des intérêts des mineurs en tutelle n'appartient plus au conseil de famille — dont l'organisation est purement facultative — mais à une juridiction spéciale, le tribunal des tutelles (1).

Or le juge qui intervient ainsi, chez nous comme à l'étranger, pour exercer son pouvoir de contrôle sur la vie des particuliers, peut être amené à statuer d'une double manière ; parfois ce sera à la suite d'une contestation, d'un débat contradictoire entre les parties en cause ; mais le plus souvent ce sera à la requête d'une personne seulement, que le juge accordera ou refusera son autorisation. Il fera selon l'opinion courante « acte de *juridiction gracieuse* », si l'on admet que la juridiction gracieuse est précisément celle qui s'exerce en l'absence du contradicteur (2).

(1) Voir le Code civil allemand, § 1774-1775 et suiv., *passim* et plus spécialement, § 1837 et suiv.

Voir l'exposé très succinct de ce rôle du « tribunal des tutelles » dans l'Introduction de Raoul de la Grasserie, p. 97 à sa traduction du Code allemand.

(2) La statistique fera encore mieux que tous les exemples abstraits ressortir l'importance pratique de notre sujet.

En 1912 le tribunal de la Seine a jugé 31.460 affaires contentieuses, et il a rendu 99.826 ordonnances sur requête ; c'est-à-dire que pratiquement le nombre des décisions gracieuses a été trois fois plus considérable que celui des jugements contentieux, et encore n'est-ce pas là toute la juridiction gracieuse. Pour s'en faire une idée complète, il faudrait y ajouter le nombre des décisions prises par la Chambre du conseil dont nous n'avons pas le chiffre exact. Il

Mais, et c'est ici où apparaît le danger, insuffisamment aperçu, de l'extension progressive de ces pouvoirs du juge. Car chaque fois que le juge statuera en matière gracieuse, sa décision ayant dans l'opinion commune le caractère d'une décision administrative ou d'un acte d'autorité, échappera à toute espèce de recours (1).

Tout au plus les parties pourront-elles revenir devant le magistrat pour lui demander de rétracter sa décision antérieure, mais elles ne seront pas admises à protester contre cette décision par la voie de l'appel ou du pourvoi en cassation. De même les tiers touchés par l'acte du juge ne sauraient l'attaquer par la voie de la tierce-opposition (2).

Or, il nous semble qu'il y a là un danger pour les parties comme pour les tiers. Sans doute nous ne cherchons pas à suspecter la haute impartialité des magistrats de l'ordre judiciaire, à laquelle nous sommes heureux de rendre hommage ; mais malgré tout il faut prévoir l'erreur possible du juge. Cette erreur sera soit une erreur de droit lorsque le juge aura dépassé le

faudrait également en rapprocher le chiffre considérable des ordonnances sur référés, qui bien que purement contentieuses en théorie, se lient parfois étroitement en pratique à une instance gracieuse. Or il a été rendu au tribunal de la Seine : 6.700 référés sur placets, et 29.000 référés nécessités par des inventaires ou des mesures d'exécution.

(1) C'est surtout l'opinion soutenue par Glasson dans ses notes sur les ordonnances sur requête citées dans notre bibliographie.

(2) Voir en ce sens : S. 97.2.57. Note Tissier.

champ normal de sa compétence, soit une erreur de fait, lorsque sa décision sera intervenue d'une façon inopportune. Dans les deux cas : inopportunité ou illégalité de l'acte, il est nécessaire de ménager un recours aux intéressés (1).

La nécessité de ce recours nous semble évidente avec l'extension des pouvoirs du juge, mais la difficulté est d'organiser scientifiquement ce recours. Or, sur ce point les auteurs ne sont le plus souvent arrivés qu'à des solutions assez peu satisfaisantes. Et la raison en est, croyons nous, qu'ils ne se sont pas assez efforcés de creuser le problème de la nature de l'acte gracieux.

Ici nous touchons à l'intérêt théorique de notre sujet.

§ 2. — Intérêt théorique du sujet.

C'est sans doute, en effet, la recherche de la nature de l'acte gracieux qui nous fournira la clef des difficultés pratiques de la matière.

Mais cette recherche elle-même est complexe, car elle nous conduira à examiner de plus près la théorie souvent soutenue qui considère l'acte gracieux comme un acte administratif rendu par un magistrat judiciaire. Logiquement, il nous faudra reprendre les principaux critères fournis pour séparer l'acte administratif de

(1) Pour comprendre l'intérêt pratique de la question, voir en particulier l'arrêt de la Cour de Paris du 6 janvier 1912 commenté dans la note Japiot (Voir Bibliographie).

l'acte juridictionnel en nous demandant comment ils s'appliquent à notre sujet ? Et c'est ainsi que nous toucherons aux sommets les plus difficilement accessibles de la science du droit public.

Le moment n'est pas venu encore de montrer entièrement comment nous entendons résoudre ce grave problème. Pourtant dès maintenant nous ne cacherons pas que c'est à une distinction que nous aurons recours pour résoudre la difficulté ; que nous nous efforcerons de rechercher les cas où l'acte gracieux se présente avec le caractère d'un acte administratif et les situations où il constitue, au contraire, un acte juridictionnel. Selon la nature ainsi déterminée de l'acte gracieux nous appliquerons ensuite à la construction des voies de recours soit les principes du contentieux administratif soit ceux du contentieux civil.

Plan du sujet.

Mais au préalable et avant d'aborder dans une seconde partie de notre travail l'essai d'une construction générale, nous consacrerons un titre premier à l'exposé de la conception traditionnelle de la juridiction gracieuse depuis l'antiquité romaine et l'ancien droit jusqu'aux auteurs récents et à la jurisprudence moderne.

TITRE PREMIER

DE LA CONCEPTION TRADITIONNELLE DE LA JURIDICTION GRACIEUSE

Aujourd'hui les expressions d'actes gracieux (1) et d'actes volontaires sont entièrement synonymes et sont employées pour désigner les actes judiciaires faits sans contradicteurs. Mais nous allons voir, au contraire, qu'il n'en était pas de même dans le droit romain et dans l'ancien droit. Alors que la théorie de la juridiction volontaire, qui procède de l'*in jure cessio* et du droit que le magistrat avait de constater les actes en justice, est une conception spécialement romaine ; la distinction de l'acte gracieux et contentieux est propre au droit canonique. Aussi ces deux théories coexistèrent-elles un certain temps sans se mêler, et ce n'est qu'à l'époque moderne que l'unité du sujet fut réalisée en confondant sous le même nom de juridiction gracieuse

(1) Il est à peine besoin de faire observer que le mot gracieux s'oppose ici au mot « contentieux » et ne s'oppose nullement, comme on le fait parfois, au mot « onéreux ». — Dans ce deuxième sens, en effet, le mot gracieux est presque l'équivalent de l'expression « à titre gratuit ». C'est en ce sens que nous parlions par exemple dans notre 1re thèse d'« indemnités gracieuses ». — Voir Henry, *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, p. 281.

(*lato sensu*) la juridiction volontaire et la juridiction gracieuse (*stricto sensu*) (1).

C'est à retracer dans ses grandes lignes cette évolution historique que sera consacré le premier chapitre de ce titre premier.

(1) C'est l'idée qui a été très bien mise en lumière dans la thèse de Lefas *infrà* citée. L'auteur va même plus loin, puisqu'il nous propose dans sa conclusion de rétablir aujourd'hui encore cette distinction de l'ancien Droit (Lefas, thèse, p. 97). Sur ce point, nous ne saurions l'approuver.

CHAPITRE PREMIER

DROIT ROMAIN ET ANCIEN DROIT.

SECTION I. — **Droit romain.**

§ 1. — **Imperium et jurisdictio.**

Partant de nos idées modernes, on serait volontiers tenté à Rome, d'édifier la distinction de l'acte contentieux et de l'acte gracieux, sur la différence des pouvoirs du magistrat statuant soit en vertu de ses attributions de *jurisdictio*, soit en vertu de son *imperium*. On soutiendrait que le magistrat qui intervient en vertu de sa *jurisdictio* pour organiser les instances, et pour permettre aux jurés de trancher les contestations entre particuliers fait acte de juridiction contentieuse. Au contraire on ferait rentrer dans la juridiction gracieuse les actes que les magistrats accomplissent par voie d'autorité, en vertu de leur *imperium* au sens strict. Rentreraient ainsi dans la juridiction gracieuse (1) : les stipulations prétoriennes par lesquelles une personne s'oblige sur l'ordre du juge vis-à-vis d'une autre, les

(1) Voir sur cette question : Girard, *Manuel de droit romain*, p. 1044 et suiv.

missiones in possessionem ou actes par lesquels le juge envoie une personne en possession d'un bien, les interdits, ou ordres conditionnels donnés par le magistrat sans vérification des faits de la cause, les *restitutiones in integrum* à la suite desquels le juge efface les effets d'un acte juridique et remet la personne lésée, dans la même situation où elle se trouvait avant le fait générateur de son obligation.

Une telle théorie serait d'autant plus séduisante, qu'elle établirait entre la conception romaine de la juridiction gracieuse, et la notion moderne une grande analogie, qu'elle nous montrerait le juge romain intervenant déjà tout comme le juge moderne, pour exercer sur la vie des particuliers un large pouvoir de contrôle, soit en donnant des ordres, soit en prononçant des envois en possession, soit en effaçant les effets de certains actes juridiques.

De plus, cette théorie en assignant aux pouvoirs du magistrat en matière gracieuse un caractère administratif, serait d'un sérieux appoint, pour les auteurs modernes qui prétendent aujourd'hui baser la distinction du contentieux et du gracieux sur la différence de la *jurisdictio* et de l'*imperium*.

Malheureusement, cette théorie a un très grave défaut ; elle n'est pas conforme aux textes du droit romain, qui se faisaient de la juridiction volontaire une conception beaucoup plus étroite. Et c'est cette notion spéciale de la juridiction volontaire en droit romain qu'il nous faut maintenant étudier.

§ 2. — **La conception de la juridiction volontaire à Rome.**

Nous préciserons la conception de la juridiction volontaire dans le droit romain, en délimitant d'abord le champ d'application de notre institution et en indiquant ensuite les caractères propres de l'acte gracieux.

A. — *Délimitation du champ de la juridiction volontaire.*

C'est un texte de Marcien (1) qui nous met en effet en présence de la distinction de la juridiction volontaire et contentieuse.

Ce texte est ainsi rédigé : *Omnes proconsules statim quam Urbem egressi fuerint habent jurisdictionem, sed non contentiosam, sed voluntariam : ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi quam servi et adoptiones fieri. Apud legatum vero proconsulis nemo manumittere potest, quia non habet jurisdictionem talem.*

A la lecture de ce texte nous voyons que les Romains faisaient rentrer dans la juridiction volontaire les actes du magistrat emportant affranchissement ou adoption. Mais il serait inexact de croire qu'ils restreignaient à ces seuls actes le domaine de la juridiction volontaire. Le domaine de cette dernière était en fait

(1) Digeste, I, XVI, *De officio proconsulis et legati*, 2. — C'est sur ce texte que l'on base généralement la distinction du gracieux et du contentieux à Rome. — Voir en ce sens : Bertin, *Exposé des motifs et projet de loi*, p. 6.

beaucoup plus large et se confondait entièrement avec celui de l'*in jure cessio*. Par suite on doit comprendre également dans le champ de la juridiction volontaire l'affranchissement, les modes d'acquisition de la propriété, ou les procédés de constitution de droits réels (comme les servitudes) par voie d'*in jure cessio*. Le procédé très original de l'*in jure cessio* — qui s'explique par le caractère extrêmement conservateur du droit romain — est beaucoup trop connu, pour qu'il soit utile d'y insister longuement (1).

On sait en quoi il consiste. Deux pseudo-plaideurs se présentent devant le magistrat dans la première phase du procès, qui est la phase *in jure*. Le demandeur affirme solennellement que tel droit soit personnel soit réel lui appartient. Le défendeur, au lieu de réclamer à son tour le même droit (*contra-vindicatio*) ou d'en nier l'existence (*infitiatio*), garde le silence ; autrement dit il s'efface devant les prétentions de son adversaire : *cedit in jure*. Le magistrat leur donne acte du tout et le droit se trouve ainsi transféré de la tête du défendeur sur celle du demandeur.

C'est ainsi que déjà dans le droit romain nous voyons apparaître les deux caractères essentiels de l'acte gracieux. Tout d'abord l'acte volontaire intervient à Rome comme chez nous en dehors de tout procès véritable.

(1) Voir en particulier : Girard, *Manuel*, p. 44, 109, 117, 311-2, 970-5 ; en matière d'émancipation, p. 171-188 ; en matière de propriété, p. 290-291 ; en matière de servitude, p. 370, n. 1 et 3, etc...

Les parties étant en effet d'accord, le juge ne les renverra pas devant les jurés chargés de trancher le débat ; il n'y aura pas, comme en matière contentieuse, de *litis contestatio* (1), de procès *in judicio*.

Par suite, il n'y aura pas de procédure contentieuse véritable. Car en définitive, dans la phase *in jure* le magistrat jouait un rôle d'organisateur et non de juge, et ce n'est que dans la phase *in judicio* que le débat prenait la physionomie d'un procès moderne.

En second lieu, le magistrat romain voyait en matière gracieuse son rôle devenu plus important. Alors qu'en matière contentieuse il intervenait simplement pour organiser l'instance et faciliter aux plaideurs la reconnaissance de leurs droits antérieurs dans la phase *in judicio* ; ici au contraire il intervenait pour permettre le transfert d'un droit, pour autoriser le cessionnaire à se prévaloir de cette situation juridique nouvelle. Le magistrat était alors véritablement le créateur du droit nouveau.

Tel était dans l'ancien droit romain le domaine de la juridiction volontaire confondu avec celui de l'*in jure cessio*. Seulement ce champ d'application devait se restreindre avec la désuétude de l'*in jure cessio*.

(1) La *litis contestatio* qui, en la forme, d'après Festus, est une prise à témoins, s'analyse au fond en une novation : le droit des plaideurs de saisir le juge étant remplacé par le droit nouveau d'obtenir un jugement dans les conditions déterminées par la formule. — Voir sur cette question : Girard, *Manuel*, p. 1004.

Cette décadence se manifeste tout d'abord dans les modes de constitution des droits réels où l'*in jure cessio* s'efface devant le procédé plus simple de la tradition (1). Au IV^e^ siècle la désuétude est complète sauf en en ce qui concerne l'adoption, l'émancipation et l'affranchissement, mais pour ces actes mêmes, Justinien (2) abolit cette forme surannée, et lui substitue une simple déclaration des parties enregistrée dans les archives du magistrat.

En nous plaçant ainsi à la fin du droit romain, le domaine de la juridiction volontaire nous apparaît des plus restreints. La juridiction volontaire est alors le pouvoir qui est accordé à certains magistrats de recevoir et de constater avec force authentique certaines déclarations faites par les particuliers. Cela se rapproche beaucoup du *jus acta conficiendi*, c'est-à-dire du droit de constater les conventions privées avec force authentique.

Aussi nous expliquerons-nous la confusion faite dans notre ancienne France entre les pouvoirs du juge et ceux du notaire en matière de juridiction volontaire.

En tout cas, ce qu'il importe de remarquer c'est que

(1) L'*in jure cessio* est même tombée en désuétude avant la mancipation. La dernière mention qu'on en rencontre est, en effet, dans une constitution de Dioclétien de l'an 293. — *Consultatio*, 6.10. — Voir en ce sens : Girard, *Manuel*, p. 291, note 3.

(2) *Sic* : Code, 8.49, *de emancipationibus*, 6, et Code, 8.48, *de adoptionibus*, 11. — Déjà même avant Justinien, la pratique avait substitué à l'*in jure cessio* un écrit avec déclaration devant le magistrat pour l'émancipation et l'adoption (Esmein, *Mélanges*, p. 413).

pas plus à cette époque qu'au début du droit romain, les auteurs ne rattachent leur distinction du contentieux et du gracieux à la différence entre l'*imperium* et la *jurisdictio*, et que par suite la transformation qui s'opère à ce moment dans la procédure, la confusion de l'*imperium* et de la *jurisdictio* dans la *cognitio extra-ordinem* (1) ne touche pas directement à notre sujet.

B. — *Caractères de l'acte volontaire* (2).

Une première question se pose à Rome comme aujourd'hui encore. Quelle était alors la nature véritable de l'acte gracieux ? Acte administratif relevant de l'*imperium* du magistrat, ou acte juridictionnel, touchant à ses pouvoirs de *jurisdictio* ?

Au point de vue romain, la question a été très vivement discutée. Les uns soutiennent que l'*in jure cessio* relève directement de l'*imperium* du magistrat au même titre que toutes les autres décisions prises par ce dernier en dehors de tout litige ; les autres prétendent au contraire que l'*in jure cessio* n'est qu'une forme spéciale de la *legis actio* : la *legis actio* volontaire

(1) En effet, l'introduction à Rome de la *cognitio extra-ordinem* s'analyse surtout, comme le dit très bien Girard (*Manuel*, p. 1062), dans la substitution à la justice civile rendue conformément à l'*ordo judiciorum privatorum*, de la procédure et de la justice administratives rendues *extra-ordinem*.

(2) Voir ces caractères très bien mis en lumière dans la note Planiol citée dans la bibliographie, p. 337, col. 2. — Voir également ces idées reproduites dans thèse Planiol, p. 6 et suiv.

qui est de la même nature que la *legis actio* contentieuse (1).

Sans entrer ici dans le détail des arguments de texte, il nous semble que le droit romain a dû passer insensiblement du second système au premier. A l'origine, en effet, l'*in jure cessio* n'est qu'une variété de la *legis actio*, c'est une *legis actio* volontaire, une *legis actio* employée dans un but détourné, mais une procédure qui n'en conserve pas moins les caractères de la *legis actio* véritable. Le magistrat y fait œuvre de *jurisdictio* et non d'*imperium*. Seulement plus tard, cette procédure volontaire devait se séparer de plus en plus de la procédure contentieuse ; elle devait prendre une physionomie originale ; on devait y voir alors la décision d'un magistrat créant ou constatant un droit en vertu de son *imperium*, et non plus simplement des actes préparatoires à l'organisation d'une instance, actes qui seuls rentreraient dans la *jurisdictio*.

Ce caractère administratif de l'acte gracieux — au moins à la fin du droit romain — va nous expliquer un certain nombre de différences qui le séparaient de l'acte contentieux.

1° Tout d'abord deux textes : l'un de Gaius (2), l'au-

(1) Voir la controverse très bien résumée dans Lefas, thèse citée, p. 23 et suiv., avec indication des auteurs qui ont soutenu l'un ou l'autre système. Lefas se rallie personnellement au système de la *jurisdictio*.

(2) Gaius, au Digeste : *Non omnino necesse est pro Tribunali manumittere : itaque plerumque in transitu servi manumitti solent, cum aut*

tre d'Ulpien (1), tous deux inscrits au Digeste, nous apprennent que le magistrat avait le droit d'exercer sa juridiction gracieuse même en dehors de son tribunal, et que la présence du licteur n'était pas nécessaire en matière gracieuse comme en matière contentieuse.

2° En second lieu le magistrat ne perdait pas l'exercice de la juridiction gracieuse même hors des limites du territoire confié à sa souveraineté. C'est qu'en effet cet exercice faisait partie des prérogatives attachées à sa personne à titre honorifique.

Cette solution est certaine (2) pour le proconsul ; celui-ci possède la *potestas* qui lui permet d'exercer la *jurisdictio contentiosa* dans les limites seulement de son territoire, et l'*imperium* qui le suit même hors des limites de sa province et qui lui permet ainsi, en dehors de ses frontières, de rendre la juridiction gracieuse dans tout l'Empire, excepté dans l'enceinte de Rome.

Au contraire pour le *legatus proconsulis* (3), la

lavandi aut gestandi aut ludorum gratia prodierit prætor aut proconsul, legatusve Cæsaris (l. 40, tit. 2, loi 7).

(1) Ulpien, *ibid.*, loi 8 : *Ego cum in villa cum prætore fuissem, passus sum apud eum manumitti, etsi lictoris præsentia non esset.*

(2) Elle résulte, en effet, du texte de Marcien déjà cité. Digeste, I, XVI-2, *De offic. proconsulis.*

(3) Le conflit existe entre le texte de Marcien cité et un texte de Paul inséré au Digeste, XL-3, loi 24, qui, à l'encontre du texte de Marcien, semble accorder la *jurisdictio voluntaria* au *legatus proconsulis*. On s'accorde généralement à les concilier dans le sens indiqué *Sic* thèse Planiol, p. 8.

question est plus discutable en présence de deux textes en apparence du moins contradictoires, l'un de Marcien, l'autre de Paul. Il semble que pour concilier ces deux textes, on doit admettre, que le *legatus proconsulis* n'avait l'exercice de la *jurisdictio voluntaria* que par délégation du consul, son mandant, et encore dans les limites de sa province.

3° La juridiction gracieuse se séparait également de la juridiction contentieuse en ce que le magistrat pouvait de sa propre autorité émanciper ses enfants ou affranchir ses esclaves, faire ainsi des actes de juridiction gracieuse, en faveur de ses parents ou de ses subordonnés, alors qu'en matière contentieuse il n'aurait pu siéger dans une affaire où ses proches auraient été intéressés (1).

4° Enfin, en dernier lieu, le magistrat avait l'exercice de la juridiction gracieuse même les jours fériés (2).

Telles sont, à Rome, les principales différences entre les actes contentieux et gracieux. Ce sont surtout, on le voit, des divergences de procédure. Mais y avait-il

(1) Voir en ce sens : Modestin, au Digeste : livre I, titre 7, loi 4 : *Magistratus, apud quem legis actio est, et emancipare filios suos et in adoptionem dare apud se posse Neratii sententia est.* — V. également Julien, au Digeste, l. 40, titre 2, loi 5.

(2) Voir en ce sens : deux lois au Digeste, livre II, titre 12, *de feriis*, lois 1 et 2. Ces deux lois établissent qu'en principe les magistrats ne doivent pas statuer les jours fériés, mais elles y dérogent : 1° pour le cas d'urgence (comme aujourd'hui en matière de référé), *quoties res urget* ; 2° pour le cas de nomination de certains tuteurs ou curateurs.

à Rome, — comme on l'admettra plus tard dans notre ancien droit, — une distinction plus importante touchant au rôle du juge qui ne statuerait *cognita causa* qu'en matière contentieuse, alors que la *cognitio causæ* ne serait pas exigée en matière gracieuse ?

A examiner de près le droit romain, il ne semble pas que la distinction ait jamais été bien aperçue. Sans doute, on peut soutenir que l'*in jure cessio*, type de l'acte gracieux, se réalisant par un concours de volontés des particuliers, ne supposait de la part du juge ni décision, ni recherche des faits de la cause. Seulement, ce caractère de l'*in jure cessio* ne lui était pas spécialement propre, il appartenait en définitive à toutes les *legis actiones*.

Dans la procédure des *legis actiones*, le rôle du magistrat est purement passif, il se borne à organiser l'instance sans pouvoir en aucun cas refuser la *legis actio* (1) ; il n'a donc pas à rechercher si la demande qui lui est soumise est ou non fondée, ni par suite à procéder à une véritable *causæ cognitio*.

Avec la procédure formulaire, ses pouvoirs s'élargissent ; on lui permet d'être juge de sa propre compétence, de refuser la formule de l'action dans le cas d'exception préjudicielle, dans le cas où le demandeur ne rentre certainement pas dans les conditions de sa

(1) *Sic* : *Manuel* de Girard, p. 974 et note 3. — La question a été pourtant controversée. — Voir également Girard, *N. R. H.*, 1897, p. 252, 255, 256, 258.

demande (1). Là apparaît donc, au moins dans une certaine mesure, la *causæ cognitio*.

Mais cette *causæ cognitio* aura surtout toute son importance dans la procédure extraordinaire, où le magistrat juge le débat en s'entourant de tous les éléments d'information nécessaires. Et c'est dans ce dernier état du droit romain — mais dans ce dernier état seulement — que l'on peut opposer à l'acte gracieux par lequel un magistrat constate purement et simplement, sans recherche des faits de la cause, un affranchissement ou une émancipation, l'acte contentieux, par lequel il tranche en complète connaissance de cause un débat entre des parties adverses.

SECTION II. — **Ancien droit.**

Nous étudierons, conformément aux idées générales indiquées au début de ce chapitre, successivement, la théorie romaine de la juridiction volontaire, la théorie canonique de la juridiction gracieuse, et nous montrerons comment ces deux théories se sont fondues à la fin de notre ancien droit.

(1) Voir sur cette question : Girard, *Manuel*, p. 1001 et note 3. — A titre d'exemple, indiquons simplement un texte du Digeste visant l'incompétence, ou *præscriptio fori* (D. 2.8, *qui satisdare cogantur*, 7 *principium*), et un texte de Cicéron, visant la question préjudicielle criminelle à un procès civil en matière d'affaire capitale (Cicéron, *De inv.*, 2.20.59).

§ 1. — La théorie romaine de la juridiction volontaire.

A. — Les Romanistes, s'inspirant surtout des idées de la fin du droit romain, ne séparent pas nettement les pouvoirs du juge, et les pouvoirs des officiers publics. Il leur apparaît que le magistrat intervenant surtout en matière volontaire, pour recevoir et constater certains actes juridiques, comme l'adoption, l'émancipation, l'affranchissement ; la juridiction volontaire se confond pratiquement avec le *jus acta conficiendi*. Et comme ce *jus acta conficiendi* était en fait partagé entre les juges et les notaires, ceux-ci devinrent également titulaires de notre juridiction.

Cette théorie remonte à Bartole (1). Elle fut défendue par ses disciples, et reprise plus tard par les Romanistes de la seconde Renaissance. Cujas (2) en particulier, tout en distinguant peut-être plus nettement qu'on ne le fait d'ordinaire les pouvoirs du juge et ceux du notaire, n'en assigne pas moins à la juridiction volontaire le même champ qu'en droit romain. Il la limite aux seuls actes d'adoption, d'affranchissement, d'émancipation. Il lui assigne pourtant un fondement

(1) Bartole, in Dig. *de off. proc.*, lois 1 à 3 (T. IV, p. 43).

(2) Cujas, in Dig., l. 2, t. 1 ; T. VII, col. 59, lit. D. : *Hæc (adoptio, emancipatio) fiunt inter eos qui præsentes in jure sunt sponce, et ideo voluntaria juris dictio hæc dititur. Et hæc quidem notio... magistratui proprio jure competit facilius quam contentiosa... Hæ... notiones sunt jurisdictionis potius quam imperii.*

administratif en déclarant qu'elle relève plutôt de l'*imperium* que de la *jurisdictio*.

La même confusion entre les pouvoirs du juge et du notaire se retrouve encore plus accentuée chez des auteurs comme Domat et comme Loyseau. Nous analyserons plus loin le système de Domat, en détail ; contentons-nous pour le moment de citer de lui un passage (1), où il élève les notaires au rang de détenteurs de la juridiction volontaire. « Cette distinction de la juridiction volontaire et de la juridiction contentieuse, dit-il, oblige à remarquer une espèce particulière d'officiers qui sont d'un très grand et très fréquent usage et qui ont une espèce de juridiction volontaire, sans aucune part à la juridiction contentieuse, qui sont les notaires, car les fonctions des notaires renferment deux caractères d'une juridiction volontaire : le premier consiste en ce que leur présence et leur seing servent de preuve de la véracité des actes qui se passent devant eux... et le second de ces caractères consiste en ce que les actes qui contiennent quelque obligation d'une partie envers l'autre étant signés par les notaires donnent l'hypothèque sur les biens de celui qui est obligé (2). »

Loyseau (3) avait déjà indiqué la même idée lors-

(1) Domat, *Loix civiles, droit public*, liv. II, titre 29.

(2) Loyseau, *Traité des offices*, liv. II, chap. V, § 49.

(3) Ce paragraphe de Domat nous montre que nos anciens auteurs considéraient les notaires comme des fonctionnaires exerçant des pouvoirs de juridiction volontaire. Cette idée subsistera jusqu'à la fin de notre ancien droit, puisque dans les travaux préparatoires de

qu'il reconnaissait aux clercs des juges l'exercice de la juridiction volontaire. « Et tant ainsi que les clercs des juges expédiaient sous eux et en leur présence les actes de la juridiction contentieuse, aussi ils expédiaient seuls et en l'absence du juge (sous son nom toutefois) les actes de juridiction volontaire que sont les contrats, parce que quand les parties sont d'accord le juge n'a rien à y voir. »

B. — Du moment que ces différents auteurs admettent que la juridiction volontaire se confond pratiquement avec le *jus acta conficendi*, ils ont été tout naturellement conduits à admettre que le critérium de la juridiction contentieuse et gracieuse devait être cherché dans la présence ou dans l'absence de *causæ cognitio*.

C'est qu'en effet le juge qui constate, à la manière d'un officier public, un acte juridique joue un rôle purement passif, et n'a pas, comme le juge en matière contentieuse, à prendre connaissance des faits de la cause, qui lui permettront de trancher le débat.

Ce système qui caractérise ainsi la juridiction gracieuse par l'absence de *causæ cognitio* semble remonter à Cujas (1). Plus tard, il sera repris et par Henrion de Pansey et par Merlin.

la loi du 25 ventôse an XI, les notaires sont encore qualifiés « de fonctionnaires de la juridiction volontaire ». C'est pourquoi, aujourd'hui même — comme nous le montrerons dans notre deuxième partie — on peut se demander si les notaires n'ont pas gardé certains pouvoirs de juridiction gracieuse ?

(1) Cujas, in Nov. 95 (T. II, col. 1129). — C'est du moins en ce

Merlin (1) nous définit en effet la juridiction gracieuse : « Celle que le juge exerce sans connaissance de cause entre des parties qui sont d'accord et pour des objets qui de leur nature n'offrent rien de contentieux. ... Du reste, il faut bien remarquer qu'il n'y a d'actes de juridiction volontaire que ceux qui par leur nature n'exigent de la part du magistrat aucune connaissance de cause... Aussi on ne doit pas considérer comme un acte de juridiction volontaire, mais bien comme un acte de juridiction contentieuse, le jugement par lequel le magistrat autorise l'aliénation des biens d'un mineur et la raison en est que ce jugement ne peut pas être rendu sans connaissance de cause, quoique d'ailleurs il n'y ait aucune partie qui contredise la demande qui en est faite... Aussi et pour la même raison, l'adoption est encore parmi nous un acte de juridiction contentieuse, car elle ne peut être prononcée que par un jugement rendu en connaissance de cause..... Mais l'émancipation que fait un père de son fils âgé de quinze ans, est encore parmi nous comme elle l'était dans le droit romain un acte de juridiction volontaire parce

sens que l'on interprète, d'après ses successeurs, l'opinion de Cujas. Voir Thèse Lefas, p. 48, note 3.

(1) Merlin, *Répertoire* au mot *juridiction gracieuse*. Pourtant, dans l'édition de 1828, l'auteur du *Répertoire* fait quelques concessions au système d'Henrion de Pansey, auquel il semble donner une adhésion au moins partielle. Voir *Juridiction gracieuse*, t. IX, p. 105, § 3. — Sur la question de la date de ce *Répertoire*, voir notre première thèse, *Subrogation réelle*, dans la bibliographie.

qu'elle n'exige qu'une simple déclaration du père devant le juge de paix assisté de son greffier. »

Par la lecture de ce passage, on voit que Merlin pousse dans ses dernières rigueurs, la théorie romaine, puisqu'il refuse le caractère d'actes gracieux à tous les actes qui supposent, de la part du juge, autre chose que la simple constatation d'un acte juridique.

C'est également à ce même système que se rallie Henrion de Pansey (1). Pour lui comme pour Merlin, c'est l'absence ou la présence de *causæ cogition* qui sépare la juridiction gracieuse de la juridiction contentieuse. Il convient pourtant d'observer que ce jurisconsulte entend par là que le juge est libre de statuer selon ses connaissances personnelles, et qu'il n'est pas tenu de statuer *secundum allegata et probata* comme en matière contentieuse.

§ 2. — La théorie canonique de la juridiction gracieuse.

A. — A l'inverse des Romanistes, les auteurs de droit canonique (2) font entre la juridiction contentieuse et gracieuse une distinction très nette et plus voisine de nos idées modernes. Du reste, pour eux, la distinction

(1) Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire*, chap. XVII.

(2) Nous avons trouvé ces renseignements sur le droit canonique : 1° dans le *Répertoire de Guyot* au mot *contentieux* et au mot *juridiction gracieuse* 2° dans le *Dictionnaire de Ferrière* au mot *juridiction ecclésiastique*

du gracieux et du contentieux se confond à peu près avec celle du temporel et du spirituel.

1° La *juridiction gracieuse* est celle qui est établie pour les affaires spirituelles ou quasi-spirituelles. C'est ainsi que rentrent dans cette juridiction le droit d'accorder des permis ou des dispenses, de permettre de confesser ou de prêcher, d'admettre un sujet aux ordres, d'accorder l'institution canonique.

Cette juridiction est exercée par l'évêque ou par son grand vicaire. Comme elle constitue avant tout un pouvoir d'administration, l'évêque exerce un *pouvoir discrétionnaire*. En conséquence personne ne peut lui demander compte de son refus ; tout au plus doit-il le motiver dans le cas où il refuse l'institution canonique.

2° La *juridiction contentieuse*, au contraire, était exercée par un juge spécial : le tribunal de l'officialité. Cette juridiction intervenait lorsqu'il y avait lieu de trancher des contestations entre des clercs et des laïques.

Ce qui semble constituer dans le droit canon le critérium de l'acte gracieux et contentieux, c'est que l'un est « un acte d'administration », l'autre « un acte de puissance judiciaire ». Au premier cas, en effet, l'évêque statue en vertu d'un véritable pouvoir discrétionnaire, alors que dans le second cas, le tribunal de l'officialité juge comme le ferait le tribunal du Roi.

B. — L'avocat Dareau (1) nous apprend que cette ju-

(1) Avocat Dareau, cité par le *Répertoire Guyot* au mot *contentieux*, t. IV, p. 582, col. 2.

ridiction fut ensuite étendue au droit civil et particulièrement aux intendants généraux. Ceux-ci en effet exercent une double juridiction. Tantôt lorsqu'ils accordent des permissions, remises ou modérations, ils font véritablement de la juridiction gracieuse. Ils jouissent alors d'un véritable pouvoir discrétionnaire. Leur pouvoir arbitraire, au contraire, cesse lorsqu'il s'agit de trancher des contestations entre particuliers, dans des matières où la loi leur a attribué compétence.

C'est le système que reprend Domat en l'étendant aux différents officiers de judicature.

Pour lui chacun de ces officiers possède à la fois un pouvoir de juridiction volontaire et un pouvoir de juridiction contentieuse.

Voici en effet ce qu'il nous dit à propos du classement des offices de judicature (1) : « On pourrait encore distinguer les charges de justice par la différence qu'il faut faire de deux sortes de juridictions : l'une que l'on appelle volontaire, qui s'exerce sans parties et sans contestations par le pouvoir de faire des règlements... et l'autre qu'on appelle contentieuse, qui s'exerce entre parties dont on juge les différends. Ainsi les chambres des comptes et les trésoriers de France et d'autres officiers de finance ont une juridiction volontaire et de direction, soit pour faire des règlements généraux ou particuliers (2), ou pour ouïr les comptes des officiers

(1) *Sic* : Domat, *Loix civiles. Le droit public*, livre II, titre 28.

(2) C'est de ce passage de Domat que résulte principalement la

comptables. » Domat semble également reconnaître aux autres organes et officiers de judicature : parlements, cours des aides, baillis et sénéchaux, certaines fonctions de juridiction gracieuse, à côté de leurs attributions normales de juridiction contentieuse.

A la lecture de ce passage, et par la conception très large qu'il se fait du sujet, on peut se rendre compte que Domat envisage surtout dans l'acte gracieux un acte administratif, un acte qui conserve toujours le même caractère, aussi bien lorsqu'il est rendu en matière privée qu'en matière de droit public. Sur ce point ses vues peuvent nous paraître assez exactes. Pourtant, cette théorie de Domat est encore à bien des égards imprécise ; puisqu'elle paraît englober dans le champ de la juridiction volontaire, non seulement des actes administratifs de caractère individuel, mais même des règlements statuant par voie de disposition générale !

§ 3. — Fusion des deux théories.

Nous venons de voir comment, au cours de notre ancien droit, deux théories se sont parallèlement développées. D'une part, la théorie romaine, qui fait rentrer dans la juridiction volontaire les pouvoirs du juge

confusion signalée au texte entre l'acte administratif de caractère individuel, qui seul pourra constituer un acte gracieux, et l'acte administratif réglementaire (statuant par voie de disposition générale) qui relève beaucoup plus du domaine législatif que du domaine judiciaire.

de constater, d'une façon passive, certains actes juridiques ; d'autre part, la conception canonique, qui voit dans la juridiction gracieuse le droit qui appartient à certains dignitaires de l'Eglise, ou à certains fonctionnaires d'accorder ou de refuser, en vertu d'un véritable pouvoir discrétionnaire, certaines autorisations.

Ces deux conceptions devaient se fondre en une seule à la fin de notre ancien droit et au début du droit moderne. Et de leur fusion, devait résulter la conception large et nouvelle de la juridiction gracieuse telle que nous la comprenons aujourd'hui.

Cette fusion apparaît déjà réalisée dans les œuvres de Jousse et de Poullain Duparc. Elle recevra un peu plus tard une consécration définitive, dans le livre d'un des premiers professeurs de procédure du XIX^e^ siècle, le professeur Rauter.

Jousse (1) nous déclare, en effet, dans son *Traité de l'administration de la justice* qu'il y a deux sortes d'actes de juridiction volontaire : « 1° Ceux où la seule autorité et approbation du magistrat est suffisante (juridiction volontaire *stricto sensu*) ; 2° Ceux où il faut nécessairement le décret du juge (juridiction gracieuse *stricto sensu*)... Les premiers où il n'est besoin d'aucun décret du juge, ni d'aucune connaissance de cause sont l'adoption, la manumission, l'émancipation.... L'autorité du magistrat dans ces sortes d'actes n'est nécessaire

(1) Jousse, *Traité de l'administration de la justice*, t. I, 1^re^ partie, titre I, sect. 7 : *De la juridiction volontaire et non contentieuse.*

que pour les approuver et confirmer par sa présence, et pour leur donner l'autorité nécessaire.

« Les actes de juridiction volontaire où le décret du juge est nécessaire et qui se font en connaissance de cause sont les aliénations de biens de mineurs et les manumissions faites par des mineurs. »

Il convient d'ajouter que conformément à l'opinion communément admise à cette époque, Jousse considère les notaires comme des fonctionnaires exerçant des pouvoirs de juridiction volontaire.

Il semble s'en référer également au critérium administratif puisqu'il affirme « que les différents actes de juridiction gracieuse sont ou de puissance publique, ou d'instruction ou d'exécution » (1).

C'est également à la notion large de la juridiction gracieuse que se rattache la définition de Poullain Du Parc (2). « Les jugements de juridiction volontaire sont ceux qui sont rendus sans contestation entre les parties et sans qu'il y ait une véritable demande formée par l'une des parties contre l'autre. »

Poullain Du Parc ajoute cette phrase bien souvent

(1) Remarquons en passant que la formule de Jousse est assez mal construite, puisqu'il semble opposer aux actes gracieux de puissance publique les actes d'instruction et d'exécution. Or, c'est justement parce que certains actes gracieux ont un caractère d'actes d'exécution que l'on peut les considérer comme des actes de puissance publique ou comme des actes administratifs.

(2) Poullain Du Parc, *Principes du droit français suivant les maximes de Bretagne*, 1770, t. IX, p. 491 et 492.

reproduite depuis sans en vérifier l'exactitude « que les actes de juridiction volontaire peuvent devenir contentieux, lorsqu'il survient quelque contradicteur ... et qu'alors le juge est assujetti à toutes les règles de la procédure contentieuse ».

Rauter (1) achève enfin l'unification complète de notre théorie. Pour lui la juridiction gracieuse (*lato sensu*) comprend à la fois et la juridiction volontaire où le magistrat statue sans connaissance de cause et la juridiction gracieuse (*stricto sensu*) où il statue avec connaissance de cause. C'est avec cet auteur la fusion complète et définitive des deux théories en présence : la théorie romaine, et la conception canonique.

(1) Rauter, *Procédure civile*, n° 31.

CHAPITRE II

DROIT MODERNE.

Les travaux préparatoires de nos Codes civil et de procédure, et ces Codes eux-mêmes ne jettent que peu de lumière sur notre sujet. Tout au plus les travaux préparatoires du Code civil (1) nous fourniront-ils quelques renseignements, sur le caractère très spécial de la preuve en matière gracieuse, sur la nécessité où se trouve le juge de s'entourer de certaines précautions, avant d'accorder une autorisation de cette nature.

Quant aux Codes eux-mêmes, ils sont muets sur la question (2). L'expression de juridiction gracieuse ne figure ni au Code civil, ni au Code de procédure, et pour la trouver employée (sous une forme indirecte) (3)

(1) Travaux préparatoires du Code civil. — V. Locré, *Lég. civile*, t. XI, p. 471-472 (déclarations de Jaubert). Voir aussi déclarations de l'orateur du Tribunat sous l'article 355 du Code civil, rapportées au *Répertoire de Merlin, Juridiction gracieuse*, § VI (t. IX, p. 106, col. 2).

(2) Il ne faut pas s'étonner du reste outre mesure de ce silence des textes. C'est qu'il n'est pas du rôle du législateur de formuler des théories générales (pas plus ici qu'en matière de subrogation réelle) ; que c'est à l'interprète qu'il appartient surtout de construire ces théories générales par le groupement des solutions concrètes données par la loi.

(3) D'une façon indirecte, disons-nous, car le texte emploie non pas le terme *gracieux*, mais l'expression *non contentieuse*.

il nous faut remonter jusqu'au décret des 16 et 24 août 1790, titre III, article II, qui conférait au juge de paix une série d'attributions non contentieuses, en lui accordant le droit de connaître des difficultés auxquelles elles pouvaient donner lieu.

En présence de ce silence des textes, c'est à la doctrine, à la jurisprudence, aux projets de réforme législative et même au droit étranger qu'il nous faudra faire appel.

En conséquence, à ces différentes sources de notre matière, nous consacrerons autant de sections différentes (1).

SECTION I. — **Doctrine et théories générales.**

La doctrine en cette matière a une importance particulière. C'est qu'en effet, ceux-là qui les premiers s'efforcèrent de tracer les règles de la juridiction gracieuse étaient également des praticiens au courant de toutes les nécessités du Palais, des hommes qui s'imposèrent comme tâche de transporter et de faire fonctionner dans la vie judiciaire, les systèmes élaborés dans le silence de leurs cabinets.

(1) Le plan exact de ce titre sera le suivant :
Section I. — Doctrines et théories générales.
Section II. — Champ d'application de la juridiction gracieuse et essai de classement.
Section III. — Organisation de la juridiction gracieuse.
Section IV. — Jurisprudence et voies de recours.
Section V. — Projets de réforme législative et droit étranger.

Le Code civil avait bien prévu l'existence d'un organisme spécial : la chambre du conseil, destinée à accorder certaines autorisations, mais il n'en avait pas déterminé la façon de procéder.

Ce sont deux savants praticiens (1), M. de Belleyme et M. Bertin qui, vers le milieu du XIX^e^ siècle, ont donné à la juridiction de la chambre du conseil, et plus spécialement à celle du tribunal civil de la Seine, sa physionomie moderne, en déterminant ses attributions, sa compétence, sa façon de procéder.

M. Bertin, en même temps qu'il organisait pratiquement la juridiction de la chambre du conseil, s'efforçait de faire une synthèse générale de notre sujet. Ce qui sépare pour lui l'acte gracieux de l'acte contentieux, c'est que le second est seul un acte de juridiction, alors que le premier rentre plutôt dans les actes d'administration.

« Les magistrats, dit-il (2), ont une double mission à remplir : celle de juger et celle qui consiste à procéder à des actes d'administration. » Or lorsque le juge ne remplit pas sa mission principale qui est de trancher les contestations : « Il est évident qu'il ne juge pas ; s'il ne juge pas il administre. » Or, d'après M. Bertin (3),

(1) Voir sur cette question : Thèse Lefas, *Introduction*, p. 11 et 12. — Voir sur la vie de M. de Belleyme, désigné en 1829 pour la présidence de la Seine, Bertin, *Biographie de M. de Belleyme*, p. 76.

(2) Bertin, *Ordonnances sur requêtes (Extrait)*, p. 16.

(3) Bertin, *Chambre du conseil. Introduction*, par M. de Belleyme, t. I, p. 17.

le juge manifeste ainsi ses pouvoirs d'administration chaque fois qu'il intervient pour exercer sur la vie des particuliers un pouvoir de contrôle ou de tutelle.

Par suite, du moment que l'acte gracieux est avant tout pour notre auteur un acte administratif et non un jugement, il lui paraît difficile d'accorder à un tel acte l'autorité de la chose jugée, d'admettre qu'il sera susceptible de voies de recours. Pourtant M. Bertin (1) n'est pas sans se rendre compte des inconvénients pratiques que pourra présenter cette dernière solution, et il s'efforce d'y remédier dans la mesure du possible.

M. Glasson, dans ses notes au Dalloz (2), va reprendre d'une façon encore plus énergique le système de M. Bertin. Pour lui l'acte gracieux est avant tout un « acte d'autorité » : en cette matière, le magistrat ne juge pas, il commande. Tous doivent donc s'incliner devant sa décision et y obéir. Ce système a été spécialement élaboré par son auteur à l'occasion des ordonnances sur requête. Mais il s'appliquerait par *a fortiori* aux décisions rendues par la chambre du conseil (3).

M. Garsonnet (4) adopte, lui, un critérium purement négatif en séparant l'acte gracieux de l'acte contentieux par la présence ou l'absence de contradicteur : « Il faut voir, nous déclare-t-il, le caractère essentiel de la ju-

(1) Bertin, *Chambre du conseil*, 2e édit., 1856, p. 56 et 57.
(2) Glasson, D. 85.2.217, D. 87.2.17, D. 92.2.49, D. 96.1.5.
(3) *Sic* : Glasson et Tissier, *Proc. civile*, édit. 1908, t. I, p. 54.
(4) Garsonnet, *Traité*, t. VIII, p. 226 et 227.

ridiction gracieuse, dans ce fait qu'elle s'exerce sur des demandes qui ne paraissent pas devoir soulever de contradiction (1). »

M. Garsonnet se montre pourtant plus disposé que M. Glasson à admettre contre l'acte gracieux certaines voies de recours.

C'est par une distinction entre les droits des parties et ceux des tiers que M. Garsonnet semble résoudre la controverse. Il admet la possibilité d'un recours de la part du requérant (2), sinon contre les ordonnances sur requête, du moins contre les décisions prises par la chambre du conseil. Au contraire, il refuse ce même droit de recours aux tiers (3) et les oblige à protester contre ces décisions uniquement par la voie principale de l'action en nullité.

Mais les inconvénients pratiques d'un tel système, qui, pour des raisons de pure théorie, supprime ou limite le droit de recours des parties ou des tiers, n'ont pas manqué de faire naître une réaction, qui s'annonçait déjà vers 1875 avec le système de *M. Cazalens* (4).

M. Cazalens, pour justifier la possibilité de voies de recours contre les ordonnances sur requête, s'est efforcé de les classer en deux groupes. D'après lui, il ne faut ranger dans la juridiction gracieuse que celles qui ne

(1) Garsonnet, *loc. cit.*
(2) Garsonnet, *loc. cit.*, t. VIII, § 2973, p. 253-1°.
(3) Garsonnet, *loc. cit.*, p. 256.
(4) Cazalens, Notes au Dalloz, 1875, II, p. 73, 105 et 137.

sont pas susceptibles de causer un préjudice à un tiers. Les autres, au contraire, sont contentieuses et par suite susceptibles de recours. Ce système a une grande importance, car il inspire encore à l'heure actuelle, la jurisprudence française, comme nous le montrerons plus loin.

Ce système a depuis reçu l'approbation de *M. Baudin* (1). Quant à *M. Bonjean* (2), son système est encore plus radical, puisqu'il prétend que toutes les ordonnances sur requête ont un caractère contentieux, puisqu'il va jusqu'à nier l'existence même de la juridiction gracieuse : « Il faut maintenant conclure en disant que les pouvoirs du président statuant sur requête n'appartiennent pas à cette chimérique juridiction volontaire et constituent l'une des formes simplifiées de la juridiction contentieuse : les ordonnances dont il s'agit impliquant toujours une contradiction au moins à l'état latent. »

M. Planiol (3) le premier se place sur un tout autre terrain. Sans chercher à dénier aux décisions de la chambre du conseil et aux ordonnances sur requête un caractère gracieux, sans contester même le caractère administratif de ces actes, il affirme avec force la nécessité de voies de recours. Il montre qu'il y a lieu en

(1) Baudin, *Ord. sur requêtes*, thèse Dijon, 1902. — Voir spécialement, p. 123.

(2) Bonjean, *Traité des ordonnances sur requête*, p. 109 et suiv., n° 231 et suiv.

(3) Planiol, Note au Dalloz, citée dans Bibliographie.

cette matière de bien distinguer : le principe de la non-autorité de la chose jugée, et le principe de l'exclusion des voies de recours, que seul le premier principe est commandé par la nature de l'acte, et que le second ne s'impose nullement au jurisconsulte.

Enfin dans une note toute récente, *M. Japiot* (1) a bien mis en lumière toutes les difficultés théoriques du sujet et l'embarras que l'on éprouve à la recherche d'un critérium précis de l'acte gracieux.

SECTION II. — **Champ d'application de la juridiction gracieuse et essai de classement des actes gracieux.**

Il suffit de jeter un rapide coup d'œil sur des ouvrages comme ceux de M. Bertin (2) pour se convaincre immédiatement de l'étendue considérable d'un tel sujet. Aussi il apparaît qu'avant de procéder à une étude rationnelle de la question, il faut d'abord se livrer à un travail de groupement et de classification. Or généralement les auteurs se contentent d'une classification purement empirique. Ils distinguent trois classes d'actes gracieux (3) : actes relevant de la compétence de la

(1) Japiot, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1912. Article cité dans Bibliographie.

(2) Bertin, *Chambre du conseil ou ordonnances sur requête*, V° *Bibliographie*.

(3) Voir en particulier : Thèse Lefas, p. 81 et 82. — On pourrait même y ajouter une quatrième classe, comprenant les décisions gracieuses rendues par les tribunaux de commerce.

chambre du conseil, de celle du président statuant sur requête, de celle du juge de paix.

Dans le premier groupe se classeront par exemple : les homologations de délibérations du conseil de famille, les rectifications d'actes d'état civil, les nominations d'administrateur et de curateur, etc...

Dans le second on peut citer le droit qui appartient au président d'autoriser les saisies, l'envoi en possession et l'assignation à bref délai, l'ouverture du testament olographe ou mystique, etc...

Enfin rentreront dans les attributions non contentieuses du juge de paix, le droit d'apposer les scellés, la réception des déclarations d'adoption et d'émancipation, le procès-verbal de conciliation, le droit d'autoriser la constitution d'un bien de famille, etc.

Mais cette classification basée uniquement sur la nature des organes qui exercent la juridiction gracieuse apparaît insuffisante. Il faut rechercher une classification plus rationnelle qui tienne davantage compte de la nature spéciale des actes examinés.

Et sans vouloir encore ici prendre parti sur le caractère véritable des actes gracieux, nous croyons que pratiquement, il est possible de les répartir en trois groupes.

En effet, le juge intervient en matière gracieuse, tantôt *pour assurer la bonne administration de la justice*, tantôt *pour constater un acte juridique ou un fait matériel de nature à produire des effets de droit*, tantôt *pour accorder une autorisation de faire un acte déterminé.*

Ce sont sous ces trois grands chefs, croyons-nous, que vont se classer les principaux actes de juridiction gracieuse.

§ 1. — Cas où le juge intervient pour organiser la bonne administration de la justice ou en contrôler l'exercice.

Les juges interviennent dans l'organisation de l'administration de la justice de différentes manières, soit : 1° en fixant la durée, le nombre et l'heure des audiences ; 2° soit en désignant certaines personnes, en particulier certains officiers ministériels pour collaborer à l'administration de la justice ; 3° soit enfin en exerçant sur ces mêmes officiers ministériels un certain pouvoir de contrôle.

1er Cas. — Les tribunaux tout d'abord ont le droit, aux termes de la loi du 11 avril 1838 (art. 7), de fixer le nombre, la durée des audiences et leur affectation aux différents services, mais le règlement ainsi fait doit être soumis à l'approbation du garde des sceaux.

2e Cas. — En second lieu le tribunal (ou le président) aura le droit de désigner certaines personnes pour collaborer à la bonne administration de la justice.

a) C'est ainsi que le tribunal commet d'ordinaire un juge pour procéder aux règlements des questions d'ordre. C'est ainsi que le président aura le droit d'investir un officier ministériel de la mission de faire un acte

déterminé. En particulier dans les conditions de la loi du 23 juin 1857 (art. 7) le président doit autoriser l'huissier à dresser le constat destiné à établir le délit de contrefaçon ; faute de quoi le procès-verbal de l'huissier n'aurait aucune espèce de valeur légale (1) (loi du 5 juillet 1844, art. 47).

b) Les tribunaux désigneront également des administrateurs et des liquidateurs. C'est ainsi qu'ils nomment les curateurs à succession vacante (art. 811), au bénéfice d'inventaire, à l'immeuble délaissé (art. 2174, C. civ.), ou à la femme mineure contre laquelle une saisie immobilière est pratiquée et dont le mari est également mineur ou refuse de procéder avec elle (art. 2208, C. civ.). C'est ainsi que d'après l'opinion commune ils désignent un liquidateur judiciaire au cas de dissolution d'une société (2).

D'une façon plus générale (3), on est même en droit de dire que les tribunaux désignent un administrateur pour surveiller et liquider les intérêts pécuniaires en souffrance soit d'une personne physique, soit d'une personne morale, chaque fois que ses intérêts ou ceux

(1) Voir sur cette question des constats d'huissiers, D. 1911.2.341.

(2) Garsonnet, VIII, p. 241, note 5.

(3) Garsonnet, *loc. cit.* Enumération donnée dans le n° 5, et que nous croyons pouvoir résumer dans la formule proposée. — Sur la question de la nomination d'un administrateur à un patrimoine qui semble insolvable (acceptation bénéficiaire, dissolution de société, vente de fonds de commerce). Voir Thaller, *Manuel*, p. 859, et Lacoin, *Des administrateurs commis par justice*, n° 442.

de ses créanciers se trouvent gravement compromis du chef de la disparition du propriétaire ou de l'insolvabilité du patrimoine en cause.

c) Enfin les tribunaux interviendront également pour désigner des experts : 1°) soit au cas de partage pour estimer des biens indivis qui appartiennent à des mineurs, ou pour former les lots (art. 978, C. proc.) ; 2° soit pour dresser, en vue du privilège des architectes, entrepreneurs et ouvriers, le double procès-verbal de l'état des lieux avant les travaux et de la plus-value qui en est résultée (art. 2103, al. 5, C. civ.).

d) Les juges peuvent également nommer des séquestres, lorsque les parties ne sont pas d'accord pour les choisir elles-mêmes.

e) Ils désigneront enfin des tiers arbitres (art. 1017, C. proc.), lorsque les arbitres primitifs ne peuvent se mettre d'accord sur ce choix.

3e Cas. — Non seulement les juges désignent des officiers ministériels pour faire des actes déterminés, mais de plus, ils contrôlent ces officiers ministériels. Sans parler du contrôle disciplinaire du Parquet sur certains officiers ministériels, il convient d'observer : 1° que les tribunaux vérifient le cautionnement des conservateurs des hypothèques (loi 21 ventôse an VII, art. 3 et 6), et que 2° ils taxent les officiers ministériels. Cette ordonnance de taxe organisée par le décret du 16 février 1807 et la loi du 24 décembre 1897 (art. 1 à 4) est aujourd'hui susceptible d'opposition, soit de la part de l'offi-

cier ministériel, soit de la part de la partie débitrice (art. 4, § 3). Cette opposition est portée devant le tribunal statuant en chambre du conseil (art. 4, § 6).

En résumé, dans tous ces cas les tribunaux interviennent, soit pour réglementer l'administration de la justice, soit pour confier à certains auxiliaires de la justice un mandat judiciaire destiné à faire une catégorie d'actes déterminés, soit enfin pour contrôler ces mêmes auxiliaires dans leur solvabilité, ou dans leurs réclamations d'honoraires vis-à-vis des particuliers.

C'est donc un véritable *pouvoir d'organisation et de contrôle judiciaire* que le juge exerce dans cette première catégorie d'hypothèses.

§ 2. — Cas où le juge intervient pour constater un acte juridique ou un fait matériel de nature à produire des effets de droit.

Dans ce second groupe d'hypothèses, les tribunaux interviendront, tantôt pour constater des actes juridiques, tantôt pour constater des faits matériels de nature à produire des effets de droit.

1er Cas. — *Constatation d'un acte juridique.* — *a*) Il nous faut d'abord citer comme rentrant au premier chef sous cette rubrique les pouvoirs qui sont accordés au juge de paix de recevoir les déclarations d'émancipation (art. 477, C. civ.) ou d'adoption (art. 353 et 356) sous réserve naturellement de l'approbation du tribunal. Il nous faut y ajouter également le droit qui appar-

tient au président de procéder à la constatation de la régularité externe et à l'ouverture du testament olographe (art. 1007). Enfin nous y comprendrons également les procès-verbaux de conciliation constatant l'accord des parties sur un objet déterminé et rédigés par le juge de paix ou le président du tribunal (en matière d'accidents du travail).

Nous y ajouterons les jugements dans lesquels les tribunaux constatent une adjudication, une prestation de serment, donnent acte à une partie d'une déclaration faite à l'audience. Dans tous ces cas, il y a certainement constatation d'un acte juridique ou d'un contrat judiciaire, mais il n'y a également que constatation de ce contrat ou de cet acte juridique.

b) Au contraire, avec les jugements d'expédient et les jugements d'exequatur, on peut se demander s'il n'y a pas quelque chose de plus que cette simple constatation ? Les jugements d'expédient (1) tout d'abord constatent l'accord des parties sur un objet déterminé, mais ne font-ils simplement que reconnaître cet accord ? Ne transforment-ils pas la nature de cet accord en lui substituant une décision judiciaire, entièrement analogue aux jugements contentieux ? C'est là une question très controversée.

C'est également un point controversé de savoir si le

(1) Sur la question des jugements d'expédients, Voir thèse Celers, Paris, 1901 ; thèse Maupoint, *Contrat judiciaire*. — Voir aussi note Labbé, S. 80.1.161.

juge saisi d'une demande d'exequatur d'une sentence arbitrale (1) ou d'un jugement étranger (2) peut également reviser quant au fond la décision primitive, ou doit simplement s'assurer de sa régularité formelle ?

c) Enfin nous semblent également se classer sous cette rubrique, sauf explications ultérieures, les règlements d'ordre et de contribution judiciaire que l'article 767 du Code de procédure soumet aujourd'hui à une voie de recours toute spéciale (3).

2e Cas. — *Constatation d'un fait matériel.* — Le juge peut avoir aussi à constater d'une façon purement gracieuse, et sans qu'il soit intervenu un procès véritable, certains faits de nature à produire des conséquences juridiques.

a) C'est ainsi que les tribunaux constatent le fait matériel de la disparition prolongée d'une personne *ou absence* (art. 115, C. civ.), sauf à se demander si l'en-

(1) C'est surtout, en cette matière, la nature exacte du recours admis par l'article 1028 du Code de procédure qui fait difficulté. Nous aurons à étudier ce texte dans notre seconde partie. Signalons simplement qu'en cette matière la jurisprudence est divisée et qu'elle admet tantôt l'opposition, tantôt l'appel contre cette ordonnance d'exequatur. — Voir ainsi en faveur de l'opposition : Aix, 13 mai 1833, D. 34.1.284 ; en faveur de l'appel : Rennes, décembre 1848, D. 50.2.29 ; Paris, 2 février 1861, D. 62.2.47.

(2) Voir sur cette question que nous reprendrons plus loin en détail : Surville et Arthuys, *Manuel de droit intern. privé*, p. 580 et suiv.

(3) Voir sur cette question : Garsonnet, *Petit traité des voies d'exécution*, n° 467. — On étend généralement l'article 767 du Code de procédure à la contribution, quoiqu'il ne vise spécialement que l'ordre judiciaire. — Voir également sur une difficulté très délicate relative au règlement d'ordre, note Naquet, au Sirey, 1913.1.9.

quête contradictoire avec le ministère public ordonnée par l'article 116 n'aura pas pour effet de transmettre à cette procédure un caractère contentieux (1)?

b) De même ainsi les tribunaux constateront la *faillite* ou état de cessation des paiements d'une personne, constatation qui assez souvent aura un caractère gracieux. L'article 440 du Code de commerce nous indique en effet que le jugement de faillite peut être prononcé sur requête et d'office, et ne prévoit pas spécialement la procédure de l'assignation qui dans la pensée de la loi devait être assez exceptionnelle (2).

c) Enfin, ils constatent l'état de folie d'une personne destinée à motiver son *interdiction*. Or la première phase au moins de la procédure d'interdiction a un caractère essentiellement gracieux.

Au début tout se passe en effet en la chambre du

(1) C'était là l'opinion soutenue par Merlin dans son *Répertoire*, au mot : *Juridiction gracieuse*.

(2) En pratique, il convient du reste de reconnaître que cette seconde forme de procédure, plus loyale, tend à se généraliser. — *Sic* : Thaller, *Manuel*, p. 873. — Mais si l'on admet, au moins dans l'état actuel de la législation française, que le jugement déclaratif de faillite a un caractère gracieux ; à plus forte raison convient-il de reconnaître ce même caractère gracieux au jugement qui prononce la liquidation judiciaire. Avec cette différence toutefois que le juge ne se borne plus à constater un simple état de fait, mais qu'il jouit alors d'un véritable « *pouvoir discrétionnaire* » pour accorder ou refuser au débiteur malheureux et de bonne foi cette faveur que constitue la liquidation judiciaire. — *Sic* : Paris, 26 novembre 1889, D. 90.2.241, avec note Boistel. — La doctrine est généralement hostile à cette idée de la liquidation faveur. — En ce sens : Thaller, *Manuel*, p. 868.

conseil ; le tribunal est saisi par voie de requête et non par voie d'assignation ; il provoque l'avis du conseil de famille (art. 494, C. civ.) ; il interroge le défendeur (art. 496), interrogatoire qui est, dans la pensée de la loi, non une défense, mais plus exactement un examen mental de l'intéressé.

Par contre, à partir de ce moment (et par une interprétation large de l'art. 498, C. civ.) on admet que tout redevient public. Le défendeur est assigné ; un procès s'engage. Les adversaires plaident, et, généralement après enquête, le tribunal rend son jugement en audience publique (1).

d) Les tribunaux interviennent enfin, d'une façon gracieuse, dans des hypothèses assez exceptionnelles pour constater certains faits de nature à influer sur l'*état ou la capacité* des personnes. C'est ainsi que dans l'hypothèse, prévue par l'article 46 du Code civil, de la perte des registres, ils interviendront pour constater l'état des personnes. De même ils pourront procéder en chambre du conseil à des rectifications d'actes de l'état civil (2) (art. 855, C. proc., et loi 25 mars 1877,

(1) Telle est du moins la pratique suivie. On peut se demander si cette pratique est bien conforme à l'esprit de la loi qui décidait seulement « que le jugement serait rendu en audience publique, les parties entendues ou appelées ». Interprétant très largement les derniers mots de l'article 498, la pratique en a tiré le système exposé. — Voir sur cette question : Planiol, *Manuel*, t. I, p. 653 ; Bertin, *Ch. du conseil*, nos 639 et 667.

(2) Les seules rectifications qui rentrent du reste dans la compétence de la chambre du conseil, sont les rectifications en quelque

art. 75), ou constater des changements de nom ou de prénoms (loi 11 germinal an XI, art. 3). De même ils pourront être juges de la régularité de certaines déclarations relatives à la nationalité (C. civ. art., 9, al. 2).

§ 3. — Cas où le juge intervient pour accorder une autorisation, soit de faire un acte juridique, ou de procédure, soit de se mettre en possession d'un bien.

Les différentes autorisations que le juge, investi de son pouvoir de juridiction gracieuse, va pouvoir accorder, sont de trois sortes. 1°) Tout d'abord le juge interviendra pour habiliter certains incapables, ou même exceptionnellement autoriser certaines personnes capables à faire un acte juridique. 2° En second lieu, la loi subordonnera parfois à son autorisation le droit pour les plaideurs de faire certains actes de procédure. 3° Enfin, certaines personnes investies d'un titre légal devront pourtant lui demander l'envoi en possession des biens qu'elles réclament.

1er Cas. — *Autorisations de faire un acte juridique.* — *a*) La chambre du conseil joue vis-à-vis des mineurs et interdits le rôle d'une autorité tutélaire. En conséquence, elle homologue les décisions du conseil de fa-

sorte matérielles, et non pas les rectifications qui soulèveraient une question d'état proprement dite. Alors, en effet, on retomberait dans la juridiction contentieuse, et c'est le tribunal civil qui serait compétent. — *Sic* : Garsonnet, *loc. cit.*, § 2965, note 1. — Voir aussi : Seine, 31 mars 1896, D. P. 99.2.389.

mille autorisant un mineur en tutelle (ou un interdit) soit à emprunter, soit à aliéner ou hypothéquer ses immeubles (C. civ., art. 457 et 458). De même, elle intervient pour autoriser l'aliénation de meubles du mineur d'une valeur supérieure à 1.500 francs (loi de 1880, art. 2), pour contrôler dans les mêmes cas l'administration légale du père (loi du 6 avril 1910, art. unique, § 6).

b) Le juge remplit les mêmes fonctions de protection à l'égard de la femme mariée, qu'il autorisera à faire un acte juridique, soit au cas d'impossibilité pour le mari de donner son autorisation, soit au cas de refus de ce dernier. L'article 219 permet alors à la femme de faire citer son mari devant le tribunal (chambre du conseil) qui, après avoir entendu le mari (plutôt comme témoin, à notre sens, que comme adversaire), refuse ou accorde son autorisation.

C'est également l'autorité judiciaire qui peut lever l'incapacité de la femme dotale en autorisant l'aliénation (et même l'hypothèque) (1) de l'immeuble au cas de nécessité (art. 1558, C. civ.).

e) Par voie d'analogie, nous croyons que l'on doit décider que la chambre du conseil serait également compétente pour autoriser les aliénations de biens qui seraient, soit par contrat de mariage, soit par donation

(1) C'est la solution généralement admise. — Voir les autorités citées par Japiot, note, *Rev. trim.*, p. 775.

ou legs, soumis à la nécessité d'une autorisation de cette nature (1).

c) Enfin certains actes juridiques qui mettent en jeu des intérêts particulièrement graves, sont également soumis à l'approbation du tribunal. Nous citerons ainsi l'adoption que le tribunal doit homologuer après avoir pris tous les renseignements nécessaires (art. 355, C. civ.), le concordat dont l'homologation doit être poursuivie devant le tribunal de commerce (art. 513), enfin l'ordre ou la contribution amiable, véritables contrats intervenus entre les créanciers et approuvés par le juge commissaire chargé de ce règlement (2).

d) Dans le même ordre d'idées, on pourrait peut-être se demander si les tribunaux (D. 1913.1.129), qui s'accordent (à tort ou à raison) le droit de réduire les salaires des agents d'affaires lorsqu'ils les trouvent trop élevés, n'usent pas d'un véritable pouvoir de juridiction

(1) Voir pourtant *contrà* : Garsonnet, *loc. cit.*, p. 231, et Bertin, *Ch. du conseil*, t. I, n° 23. — Ces auteurs repoussent ces pouvoirs du juge en partant de cette idée, très discutable à notre avis, que la compétence de la chambre du conseil serait limitée aux seuls cas prévus par la loi.

(2) Nous rapprochons ainsi le concordat et l'ordre amiable, car, au point de vue de notre sujet, ces opérations nous semblent présenter une grande analogie. Il s'agit, en effet, dans tous les cas, d'un contrat homologué par le juge — contrat qui reste susceptible, en tant que contrat, d'être attaqué par la voie de l'action en nullité (en réservant pour le cas du concordat la limitation de l'art. 518, C. comm.). — Voir pour le cas du concordat : Thaller, *Manuel*, § 2109 et suiv. ; pour le cas de l'ordre amiable : Garsonnet, *Manuel, Voies d'exécution*, n° 388, et D. 1913. 1. 286.

gracieuse ? Dans ce cas, ils contrôlent en effet des conventions passées par des majeurs, et exercent ainsi une fois de plus leur rôle de protection et de tutelle judiciaire.

2e Cas. — *Autorisations de procédure.* — Sans avoir la prétention de faire une énumération complète et définitive, citons simplement à titre d'exemple :

1° Le droit qui appartient au président du tribunal d'autoriser l'assignation à bref délai au cas d'urgence (art. 72, C. proc.), et de permettre de même l'assignation un jour de fête légale (art. 1037, C. proc.). Pourtant, on s'accorde généralement à décider que les pouvoirs du président ne vont pas jusqu'à dispenser les particuliers de l'exigence du préliminaire de conciliation (1).

2° Joignons également le droit qui appartient au président d'autoriser les différentes saisies conservatoires : saisie foraine (art. 822, C. proc.), saisie-revendication (art. 826) et saisie-gagerie (art. 819), la saisie-arrêt sans titre (art. 558) (2), et au juge de paix de

(1) La question de savoir si le juge peut également dispenser du préliminaire de conciliation est très controversée.

En faveur de la négative : Glasson, D. 85.2.217 ; de l'affirmative : article 54 du décret du 30 mars 1808 qui autorise le président à faire toutes ordonnances en cas d'urgence. — *Sic* également : Boujean, *Ord. sur requêtes*, p. 207, n° 380 ; Paris, 22 juin 1855, S. 57.2.49 ; Dijon, 15 décembre 1897, D. 97.2.472.

(2) On est généralement d'accord pour admettre que l'autorisation de saisir-arrêter sans titre est un acte de juridiction gracieuse. — Par suite, certains arrêts n'ont pas admis de recours : S. 83.2.151,

permettre la saisie-arrêt des petits traitements (loi du 12 janvier 1895, art. 6).

3° Notons, en troisième lieu, que la femme doit également se faire autoriser par le président pour introduire devant le tribunal sa demande aux fins d'autorisation de justice (art. 861, C. proc.) (1), ou son instance en séparation de biens (art. 825, C. proc.). C'est également le président qui autorise les époux à lancer leurs assignations en divorce ou en séparation de corps (art. 238, C. civ. et 307 comb.).

Il convient d'observer que le juge, au cours d'une procédure pendante devant lui, a parfois des pouvoirs plus étendus. Il peut en effet ordonner certaines mesures dans l'intérêt d'un des plaideurs. C'est ainsi que le juge d'abord et le tribunal ensuite pourront autoriser les époux, en instance de divorce ou de séparation, à avoir un domicile séparé, à exercer la garde provisoire

et D. 93.2.529. — *Contrà* : D. 91.2.49. — On discute également sur le point de savoir jusqu'à quel moment sera possible ce recours ? La jurisprudence admet que ce recours n'est plus possible du jour où le tribunal est saisi de la demande en validité. Cass. civ., 24 février 1892, D. 93.1.12, et 5 mars 1895, D. 95.1.120. — Cette jurisprudence est du reste assez discutable. Voir thèse Baudin, p. 188.

(1) Une difficulté s'est posée dernièrement en jurisprudence au sujet de la femme qui sollicite cette autorisation non pas directement et avant d'engager l'instance, mais une fois l'instance en cours (Cass. civ., 29 octobre 1912, S. 1913.1.17). — Il s'agit alors de savoir si la Cour saisie de la demande de la femme doit statuer d'après les formes de la juridiction gracieuse (art. 861 et 862, C. proc.) ou d'après la procédure ordinaire contentieuse ?

Question non résolue par l'arrêt pour des circonstances de fait.

des enfants, ou à réclamer une provision alimentaire (1).

De même, au cours du règlement d'une succession litigieuse ou qui serait susceptible de le devenir, le président ordonnera, sur la demande des créanciers, l'apposition des scellés (art. 909-2°, C. proc.), ou en prescrira la levée, avant le temps fixé normalement par la loi (art. 928, C. proc.). De la même façon, il pourra prescrire le dépôt chez un notaire commis par lui d'un testament olographe ou mystique (art. 1007, C. civ.).

3e Cas. — *Ordonnances d'envoi en possession ou autorisation de se mettre en possession d'un bien.* — Le président ou le tribunal intervient pour autoriser une personne investie d'un titre légal à se mettre en possession du patrimoine d'une autre, au cas de décès ou de disparition de cette dernière.

1° C'est ainsi que le légataire universel devra solliciter du président l'envoi en possession, s'il n'a été institué que par un testament olographe ou mystique et s'il ne se trouve pas en présence d'héritiers réservataires (art. 1008, C. civ.). Par contre, c'est au tribunal (2) que

(1) Naturellement, de pareilles mesures n'auront un caractère gracieux que si elles ont été rendues à la requête seulement de l'un des époux. Elles seraient contentieuses par contre, si elles avaient été au préalable débattues contradictoirement entre les deux époux.

(2) Au premier abord, il y a là, semble-t-il, une anomalie : dans un cas, c'est le président qui autorise l'envoi en possession ; dans l'autre, c'est le tribunal. Mais cette différence se justifie, si l'on songe que le droit du légataire, institué en vertu d'un testament hologrape, est beaucoup plus certain que ceux du conjoint survivant et de l'Etat

devront s'adresser le conjoint survivant et l'administration des domaines pour obtenir l'envoi en possession (art. 770). Il en était de même pour les enfants naturels (art. 773) avant la loi du 25 mars 1896, qui accorde à ces enfants naturels la saisine de plein droit.

2° De même une fois l'absence déclarée et leur titre par là même reconnu, les héritiers présomptifs de l'absent devront encore solliciter l'envoi en possession de ses biens (art. 120, C. civ.) (1).

En résumé, dans tous ces cas le juge intervient pour permettre à une personne de faire certains actes de nature à faciliter l'exercice de ses droits, à en assurer une plus complète exécution, une plus parfaite conservation. Par là même, et si l'on veut, le juge augmente l'efficacité première du droit.

A l'inverse, le juge a parfois le pouvoir de restreindre l'étendue d'un droit antérieur, ou d'en paralyser, d'une façon temporaire, l'exercice. Il en diminue l'étendue lorsqu'il permet la réduction de l'hypothèque légale ; il en paralyse temporairement l'exercice lorsqu'il accorde au débiteur malheureux un délai de grâce...

que la loi n'appelle à la succession qu'à défaut des autres parents. Il faut donc mettre à même ces parents, souvent très éloignés, de se faire connaître et d'établir leur vocation successorale.

(1) Pour la facilité du raisonnement, nous décomposons avec la loi, la procédure en deux phases : 1° déclaration de l'absence, c'est-à-dire reconnaissance du droit des parents ; 2° envoi en possession de ces derniers. Mais pratiquement, c'est un seul et même jugement qui déclare à la fois l'absence et prononce l'envoi en possession. — *Sic* : Planiol, *Manuel*, t. III, § 2469.

La seconde situation nous apparaît comme de beaucoup la plus simple. Il n'est guère douteux en effet que le juge qui accorde au débiteur malheureux et de bonne foi, un délai de grâce justifié par les circonstances (art. 1224, al. 2) n'use de ses pouvoirs de juridiction gracieuse.

Par contre, le caractère gracieux ou contentieux de la réduction de l'hypothèque légale du mineur ou de la femme mariée (art. 2131, 2144, 2145) est plus discuté.

En jurisprudence (comme en doctrine) on s'accorde généralement à résoudre la controverse par une distinction entre l'hypothèque de la femme mariée et celle du mineur (1).

S'agit-il de l'hypothèque de la femme, on considère que cette réduction a un caractère gracieux puisqu'elle ne peut s'opérer que du consentement de la femme, et qu'elle n'est dirigée que pour la forme contre le ministère public (art. 2144).

Au contraire, on fait valoir, en faveur du caractère contentieux de la réduction de l'hypothèque du mineur, le fait que la demande est dirigée contre le subrogé tuteur. Or le subrogé tuteur ayant pour mission principale de représenter le mineur au cas de conflit avec

(1) 1° En faveur du caractère gracieux de la réduction de l'hypothèque de la femme, Voir Planiol, *Manuel*, t. II, n° 2830. — Voir Cass., 6 novembre 1860, S. 61.1.25. — 2° En faveur du caractère contentieux de la réduction de l'hypothèque du mineur, V. Cass., 3 juin 1834, S. 34.1.434.

le tuteur (art. 420, C. civ.), on peut en conclure que la réduction est contradictoirement débattue, entre d'une part le tuteur, et d'autre part le mineur représenté par son subrogé tuteur.

SECTION III. — **Organisation de la juridiction gracieuse.**

Dans la section précédente, nous avons essayé, au point de vue matériel, de donner une idée générale de l'étendue et des limites de la juridiction gracieuse. Il nous reste, en nous placant maintenant au point de vue formel, à rechercher quels sont les organes judiciaires auxquels est confié chez nous l'exercice de cette juridiction, quelle procédure ils doivent suivre, comment et d'après quelles preuves ils doivent baser leur conviction ? C'est donc une triple question de compétence, de procédure et de preuve qu'il nous faut résoudre

§ 1. — Compétence.

A) *Compétence « ratione materiæ ».* — Il existe chez nous deux organismes spéciaux, qui ont mission de rendre la juridiction gracieuse. Ce sont d'une part la chambre du conseil, et d'autre part le président statuant par voie d'ordonnance sur requête.

Nous avons déjà indiqué, au début de la section précédente, la compétence respective de ces deux organismes, compétence qui est du reste fixée par des textes

spéciaux. Il n'y a donc pas lieu d'y revenir. Il convient simplement d'observer, qu'exceptionnellement l'exercice de la juridiction gracieuse peut être confié soit au juge de paix, soit au tribunal de commerce, soit même, à l'égard des nationaux demeurant à l'étranger, au consul (1).

Le plus souvent on se trouvera en présence d'un texte accordant compétence gracieuse, soit au président, soit à la chambre du conseil. Mais faut-il s'en tenir là, faut-il restreindre la compétence de ces organes, aux seuls cas prévus par les textes. Assurément non, on admet aujourd'hui en effet presqu'unanimement (2) que les juridictions spéciales peuvent statuer en matière gracieuse même hors les cas prévus par la loi. Leur compétence est générale, et s'étend à toutes les hypothèses où il n'y a pas eu de débat contradictoire. La chambre du conseil, et le président sur requête ne pourraient donc se refuser à statuer sur une affaire non contentieuse sans contrevenir à l'article 4 du Code civil, c'est-à-dire sans commettre un déni de justice.

Pour le président, la question est certaine, puisqu'un texte spécial, l'article 54 du décret du 30 mars 1808, l'autorise à statuer par voie de requête dans tous les cas d'urgence.

(1) La question des attributions de juridiction gracieuse des consuls étant assez délicate, nous comptons l'étudier dans un appendice spécial à cette section III.

(2) Voir Garsonnet, *loc. cit.*, p. 228 et 229. — Garsonnet cite en ce sens également un passage de M. de Belleyme.

Au contraire, la solution proposée à été parfois critiquée pour la chambre du conseil.

On s'est généralement refusé (1) à permettre aux particuliers, de subordonner la condition de l'aliénation d'un bien à l'autorisation de la justice ; on n'a pas permis, contrairement à la volonté des particuliers, à la chambre du conseil d'exercer en cette matière son droit de contrôle.

De même on a réservé la question des jugements d'expédient (2). Il semblerait logique en effet d'attribuer compétence à la chambre du conseil pour statuer sur ces jugements qui ont un caractère essentiellement gracieux. Pourtant ce n'est pas la solution qui l'a emporté : Lorsque les parties sont d'accord sur un objet qui, au cas de contestation, aurait dû être de la compétence des juridictions de droit commun, les parties ne peuvent saisir la chambre du conseil, elles doivent s'adresser au tribunal qui, normalement, aurait dû être compétent. Et la raison que l'on donne généralement de cette solution est que les parties ne peuvent, par leur propre volonté, étendre le champ de la juridiction gracieuse et la compétence de la chambre du conseil.

Nous repoussons avec énergie ce système qui nous semble aussi inexact en théorie qu'en pratique. En

(1) Garsonnet, *loc. cit.*, p. 231, citant en faveur de son opinion Bertin. — Malgré les autorités de ces auteurs, nous considérons cette solution comme injustifiable en droit et en équité.

(2) Garsonnet, *loc. cit.*, § 2962, p. 229.

théorie tout d'abord il méconnaît le principe de la compétence générale de la chambre du conseil, même en dehors des cas prévus par le législateur.

En pratique, il veut fermer les yeux sur les avantages considérables que présenterait la substitution de la procédure de la chambre du conseil à celle du tribunal : rapidité plus grande du jugement et de la procédure, diminution des frais pour les plaideurs, déchargement du rôle des audiences ordinaires.

B) *Compétence « ratione personæ. »* — L'article 59 du Code de procédure n'est applicable ici que sous certaines réserves.

Il attribue en effet compétence en matière contentieuse, soit, si la demande est personnelle, au tribunal du domicile du défendeur, soit, si elle est réelle, au tribunal de la situation de l'objet litigieux.

Or les actes de juridiction gracieuse auront presque toujours un caractère personnel, puisqu'en définitive, ils ne mettent le plus souvent en jeu qu'une question de capacité ; — d'autre part, on ne peut songer à leur appliquer l'article 59, alinéa 1, donnant compétence au domicile du défendeur, puisque, par hypothèse, il n'y a pas d'adversaire. Le tribunal (chambre du conseil, ou président) qui sera alors compétent sera celui du domicile du requérant.

Tel est, croyons-nous, le principe général. Remarquons simplement que certains textes y dérogent. Nous citerons à titre d'exemple : l'article 558 du Code de

procédure qui donne compétence au juge du domicile du débiteur, ou même à celui du tiers saisi, l'article 1007 du Code civil qui donne compétence, en matière de succession, au juge du lieu où la succession est ouverte.

C) *Règlement de juges.* — D'une façon générale, lorsque deux juridictions du même ordre se déclarent toutes deux compétentes pour la même demande, le conflit est solutionné par un règlement de juges (art. 363, C. proc.).

Mais le règlement de juges est-il nécessaire en supposant un conflit entre une décision gracieuse et une décision contentieuse, rendues sur le même objet par deux tribunaux différents ?

Non, serait-on tenté de répondre, au point de vue théorique, puisque dans ce cas le juge a toujours la faculté de rétracter sa décision gracieuse, qui n'a pas l'autorité de la chose jugée, et de faire cesser le conflit.

Oui, a pourtant décidé la jurisprudence (1) avec beaucoup plus de raison. C'est qu'en effet, pour elle, il faut mettre sur le même pied les décisions gracieuses et contentieuses.

La décision gracieuse n'est pas obligée de s'effacer devant le jugement contentieux. Il est bien difficile, du moment que l'on a affaire (comme nous le montrerons plus loin) à deux autorités judiciaires différentes, de donner le pas à l'une sur l'autre, et il faut nécessairement procéder à un règlement de juges.

(1) Req., 11 avril 1910, D. 1913.1.159.

§ 2. — Procédure.

Les affaires soumises aux organes de juridiction gracieuse (chambre du conseil ou président) présentent un double caractère. Elles sont le plus souvent extrêmement urgentes, d'autre part elles ont au plus haut chef un caractère privé.

Par suite, pour satisfaire à cette double condition, la procédure en matière gracieuse devra à la fois être : 1° simple et rapide, et 2° non publique.

I. — *Simplicité et rapidité de la procédure.*

a) Dans tous les cas la procédure débute par une *requête* (1) faite sur papier timbré, signée et présentée par un avoué au président du tribunal.

b) Ensuite, il convient de distinguer selon qu'il s'agit d'une ordonnance sur requête ou d'une décision de la chambre du conseil (2).

S'agit-il d'une ordonnance sur requête, le président statue directement après avoir entendu soit les parties, soit leurs représentants légaux : avocats ou avoués. Son ordonnance doit normalement être motivée et rendue

(1) La *requête* est en quelque sorte la pierre de touche à laquelle on peut reconnaître l'acte gracieux. C'est ainsi que l'on n'hésite pas à donner compétence à la chambre du conseil, pour tous les actes pour lesquels la loi prévoit la forme de la requête. — *Sic* : Garsonnet, *loc. cit.*, p. 238, § 2965.

(2) Voir sur cette question : Garsonnet, *loc. cit.*, § 2967 et § 2980.

au tribunal. Mais il peut, en cas d'urgence, la rendre même en son hôtel (art. 1040, C. proc.).

S'agit-il au contraire d'une décision de la chambre du conseil, la marche de l'affaire est un peu plus compliquée.

Le président désigne un rapporteur pour instruire l'affaire (1). Il communique l'affaire au ministère public qui prend ses conclusions. Ensuite, en chambre du conseil, après avoir entendu, soit le requérant, soit son avocat, ou son avoué, puis le ministère public, le tribunal statue.

II. — *Absence de publicité.*

Tous les débats en matière gracieuse ont lieu en dehors de tout public autre que les parties et leurs représentants légaux (2).

Ceci est évident pour le président statuant sur requête qui rend sa décision dans son cabinet. Mais ceci est également vrai pour la chambre du conseil qui délibère sans aucune publicité. Le jugement lui-même n'est pas rendu en audience publique (3), sauf le cas de l'arti-

(1) Les articles 746, 856, 863, 864 et 987 du Code de procédure, lui en font spécialement une obligation, que l'usage étend aux autres hypothèses. — Garsonnet, § 2968, note 5.

(2) C'est la solution traditionnelle : Bertin et Bloch, *op. cit.*, t. I, n° 40 ; Garsonnet, *loc. cit.*, p. 246. — Pourtant, cette prescription n'étant inscrite dans aucun texte, on ne peut la sanctionner par la nullité.

(3) *Sic* : Garsonnet, *loc. cit.*, p. 247.

cle 997 du Code de procédure qui fait exception pour le jugement autorisant la vente de l'immeuble dotal.

§ 3. — Administration de la preuve.

On se rappelle que certains auteurs, déjà cités plus haut, ont prétendu trouver dans la présence ou dans l'absence de *causae cognitio* le critérium de la juridiction gracieuse. Mais ce critérium, ainsi présenté, est absolument inexact. Le juge, en matière gracieuse, statue en connaissance de cause ; il ne doit rendre sa décision que d'après les circonstances (1). Et afin de l'obliger à établir les raisons qui ont dicté son jugement, on exige généralement qu'il motive ses sentences (2).

Donc la juridiction gracieuse ne s'oppose pas par l'absence de *causae cognitio* à la juridiction contentieuse. Ce qu'il est simplement exact de dire, c'est que la théorie de la preuve n'est pas soumise aux mêmes règles en matière gracieuse qu'en matière contentieuse.

Alors qu'en matière contentieuse, le juge voit ses pouvoirs limités, soit en ce qui concerne l'admission

(1) C'est la logique qui commande cette solution. De plus, elle est confirmée par un texte spécial : l'article 335 du Code civil en matière d'adoption, qui prescrit au juge de ne statuer qu'en connaissance de cause. La pensée de la loi a été parfaitement bien mise en lumière dans le discours de l'orateur du Tribunat, cité par *Rép. Merlin*, t. XI ; *Juridiction gracieuse*, § 4.

(2) *Sic* : Garsonnet, *loc. cit.*, p. 273. — Garsonnet donne cette solution pour les ordonnances sur requête. *A fortiori* doit-on l'appliquer aux décisions de la chambre du conseil.

des preuves, soit en ce qui touche à leur administration, ici il statue en toute liberté.

C'est ainsi qu'il pourra se renseigner par lui-même, statuer d'après sa connaissance personnelle (1), admettre de la part des intéressés toutes justifications possibles, soit orales, soit écrites, entendre de la manière qu'il lui plaira, les témoins que les parties feront citer.

Appendice. — *Attribution des consuls en matière de juridiction gracieuse.*

Jusqu'ici nous avons envisagé les organes qui exercent en France la juridiction gracieuse.

Il nous reste maintenant à nous demander si les consuls ne sont pas investis également à l'égard de nos nationaux demeurant à l'étranger, de certains pouvoirs de juridiction gracieuse ?

Pour bien comprendre la question, il faut tout d'abord rappeler d'une façon générale quels sont sur leurs nationaux les pouvoirs de juridiction des consuls.

Les consuls n'ont pas en principe l'exercice de la juridiction contentieuse, sauf dans les pays de capitulations où ils exercent la plénitude de la juridiction contentieuse et gracieuse (2).

La difficulté se pose, on le voit, donc uniquement

(1) C'est la solution traditionnelle depuis Henrion de Pansey (cité *suprà*) qui l'a bien mise en lumière.

(2) Voir sur ce point : Bonfils, *Manuel de droit int. public*, 6e édit., 1912, p. 468, où la bibliographie de la question est mise à jour.

pour les pays non soumis à ce régime des capitulations. Pour eux doit-on faire une distinction entre la juridiction gracieuse et contentieuse et accorder aux consuls l'exercice de la juridiction simplement gracieuse ?

C'est là un premier système qui a été parfois soutenu (1). On accorde aux agents diplomatiques et aux consuls le droit d'exercer la juridiction gracieuse soit sur les membres de leur mission, soit sur leurs nationaux, en faisant valoir que l'exercice de la juridiction gracieuse ne porte pas une atteinte aussi grave que celui de la juridiction contentieuse aux droits de souveraineté de l'Etat étranger.

Pourtant, en pratique, ce premier système ne paraît pas avoir entièrement triomphé, et il nous semble que la question peut être à peu près résolue dans l'état actuel des choses par une distinction entre deux catégories d'actes gracieux.

1° On s'accorde généralement pour reconnaître aux consuls le droit de faire les actes gracieux qui se bornent simplement à la constatation d'un acte juridique. C'est qu'en effet, cette constatation est le plus souvent faite par des officiers publics, et qu'en définitive le consul joue également vis-à-vis de ses nationaux le rôle d'un véritable officier public (2).

(1) Voir cette idée défendue au moins pour les agents diplomatiques par Bonfils, *op. cit.*, p. 410 et 411, n° 727.

(2) Cette solution est traditionnelle ; elle est nécessaire, en effet, pour maintenir à la règle *Locus regit actum* son caractère facultatif. Il faut que les parties puissent, si elles le veulent, en s'adressant à

2° Au contraire, on leur refuse l'exercice des actes gracieux supposant une décision à prendre, généralement par l'autorité judiciaire locale. C'est qu'en effet, ces actes constitueraient un véritable empiètement sur les pouvoirs des autorités judiciaires étrangères.

Premier groupe d'hypothèses.

Les consuls jouent actuellement vis-à-vis de leurs nationaux le rôle d'officiers publics. En conséquence, ils ont compétence pour constater certains actes juridiques avec force authentique.

a) Pour les actes de l'état civil, leur compétence est formellement reconnue par l'article 48 du Code civil, et leur façon de procéder est réglementée par l'ordonnance du 23 octobre 1833.

Conformément à ce texte du Code, les consuls français ont donc qualité pour recevoir à l'étranger les actes de l'état civil de nos nationaux.

Par une juste réciprocité, les actes de l'état civil peuvent être dressés en France, en la forme étrangère, par les agents diplomatiques, ou les consuls étrangers pour le compte de leurs nationaux (1).

b) D'une façon plus particulière, les consuls et agents

leurs consuls, passer un acte juridique dans la forme prévue par leur loi nationale. — *Sic* : Weiss, *Manuel de droit int. privé*, p. 424.

(1) Pourtant, malgré cette compétence des consuls étrangers en France, la déclaration de naissance ayant un caractère d'ordre public doit être faite à l'officier d'état civil (art. 346, C. pén. ; Circul. de la justice, 31 mai 1897, *J. Clunet*, 1898, p. 205).

diplomatiques sont compétents pour célébrer le mariage des Français à l'étranger (art. 48 et 170, C. civ. comb.). S'il s'agit d'un mariage entre Français et étrangère, ils ne sont plus compétents que dans les pays désignés par décret (c'est-à-dire dans les pays soumis au régime des capitulations) (art. 170, al. 3).

Ce pouvoir des consuls est également consacré d'une façon internationale par l'article 6 de la Convention de la Haye du 12 juin 1902, qui réserve seulement le cas où l'Etat étranger ne reconnaîtrait pas ces pouvoirs des consuls.

c) Enfin les consuls reçoivent avec force authentique les actes par lesquels leurs nationaux constatent leurs conventions (1). Cette disposition n'est au fond qu'une application du caractère facultatif de la règle *Locus regit actum*. Les parties peuvent recourir soit à la forme locale, soit à la forme prévue par leur loi nationale. Et c'est pour leur permettre l'emploi de cette dernière forme que l'on a donné à ce sujet compétence aux consuls.

d) De même ils ont également compétence pour recevoir des testaments. La solution était certaine dans notre ancien droit en présence de l'ordonnance de 1681 (art. 24) qui déclarait solennels les testaments reçus par

(1) En pratique, ce n'est pas le consul qui reçoit ces actes authentiques par lui-même, c'est le chancelier du consulat, qui joue ainsi le rôle de notaire. Le rôle du consul se borne à légaliser les actes ainsi reçus. — *Sic* : Despagnet, *Manuel de droit int. privé*, p. 480.

le chancelier du consulat en présence du consul et de deux témoins.

On serait peut-être tenté d'en douter aujourd'hui en présence de la rédaction étroite de l'article 999 du Code civil qui ne prévoit pour le Français à l'étranger que deux manières de tester : le testament olographe conformément à la loi française, et le testament par acte public conformément à la loi locale.

Pourtant, on admet généralement que malgré ce texte en apparence limitatif, l'ordonnance de 1681 reste toujours en vigueur, que par suite les consuls ont encore compétence pour recevoir les testaments publics, à condition pour eux d'observer, comme le ferait chez nous un notaire, les dispositions de la loi française (1).

e) Enfin, pour en terminer avec le pouvoir général des consuls de constater les actes juridiques, mentionnons également leur compétence en ce qui concerne la réception des procès-verbaux d'inventaire (2), des déclarations d'adoption et d'émancipation (3).

Dans tous ces cas, le consul ne remplit que des attributions de juridiction gracieuse qui normalement sont plus du ressort des officiers publics que des autorités judiciaires.

(1) C'est la solution habituelle de la doctrine (Weiss, *Manuel de droit int. privé*, p. 587) et de la Cour de cassation (Cass., 20 mars 1883, S. P. 1883, p. 610, note 3 ; 3 juin 1891 et 23 janvier 1893, *Pand. franç.*, 93.5.27). C'est celle qui est consacrée par beaucoup de conventions internationales.

(2) *Sic* : Bonfils, *Manuel droit int. public*, p. 727.

(3) *Sic* : Despagnet, *Manuel droit int. privé*, p. 482 et 622.

Deuxième groupe d'hypothèses.

S'il est ainsi dans une certaine mesure admissible et même logique de confier aux consuls le droit de constater, en concurrence avec les officiers publics étrangers, certains actes juridiques, il semble par contre beaucoup plus difficile de leur permettre d'empiéter sur les pouvoirs des autorités judiciaires locales, en faisant des actes de juridiction gracieuse plus graves, parce qu'ils supposent, tout comme les jugements contentieux, une décision à prendre. Le consul, en effet, ferait ainsi un acte de souveraineté difficilement conciliable avec les droits de l'Etat auprès duquel il est accrédité.

Aussi refuserons-nous en principe tout pouvoir au consul pour organiser soit la tutelle, soit la succession de ses nationaux demeurant à l'étranger. Pourtant ce principe théorique devra souvent fléchir devant les besoins de la pratique consacrés par d'assez nombreuses conventions consulaires.

a) *Tutelle.* — En l'absence de conventions consulaires et diplomatiques, c'est le principe général que nous venons de poser qui doit s'appliquer. Par suite, les pouvoirs des consuls seront des plus restreints. Ils n'auront pas en principe le droit d'intervenir, soit dans l'organisation, soit dans le fonctionnement de la tutelle, même au cas où cette tutelle serait organisée en pays étranger (1).

(1) *Sic* : Despagnet, *Manuel*, p. 609. — *Contrà* : Weiss, *Manuel*,

D'assez nombreuses conventions consulaires (1) ont cependant donné aux consuls le droit d'intervenir dans l'organisation de la tutelle et de la curatelle de leurs nationaux.

Seulement, même dans ces cas, on s'accorde généralement (2) à refuser au consul le droit d'intervenir au cours du fonctionnement de la tutelle pour accorder au mineur les autorisations ou homologations dont il peut avoir besoin, et l'on confie cette mission aux tribunaux français.

Cette solution paraît pourtant assez discutable. Deux situations doivent être bien distinguées. Tout d'abord la tutelle est organisée dans le pays habité par le mineur. Il nous apparaît alors que c'est aux autorités gracieuses locales à intervenir pour autoriser l'incapable. Sauf le cas où elles se déclareraient incompétentes, les consuls ne peuvent donc les concurrencer, pas plus qu'ils n'ont le pouvoir de rendre la justice en matière contentieuse.

p. 438. — On sait, en effet, que l'on discute sur le point de savoir si la tutelle du mineur français doit être organisée, soit en France au lieu de son dernier domicile, soit à l'étranger dans le pays où il habite. Les deux solutions ont également des inconvénients pratiques. Aussi la doctrine est-elle hésitante. Weiss, *Manuel*, p. 437. — La Convention de la Haye du 12 juin 1902 prévoit également dans son article 2, que la tutelle pourra être organisée soit au pays du mineur, soit à l'étranger où il habite.

(1) Voir en ce sens : Conventions consulaires avec l'Espagne (7 janvier 1862), avec l'Italie (26 juillet 1862), avec le Portugal (11 juillet 1866), avec la Grèce (7 janvier 1876). — Voir surtout l'article 2 de la Convention de la Haye du 12 juin 1902.

(2) *Sic* : Despagnet, *Manuel de droit int. privé*, p. 617.

Au contraire, si la tutelle est organisée dans le pays d'origine du mineur, les consuls peuvent parfaitement suppléer les autorités judiciaires nationales, sans porter atteinte à la souveraineté de l'Etat étranger. Il ne s'agit plus alors d'un problème de droit international, mais d'une question de pur droit interne. C'est au législateur français (en nous plaçant à notre point de vue) qu'il appartiendra dans ce cas de donner compétence aux consuls à la place des tribunaux. Ce transfert de compétence sera du reste souvent des plus désirables, surtout lorsqu'il s'agira de ventes de valeurs mobilières faites à l'étranger par le mineur ; le consul sera alors mieux placé que les tribunaux nationaux pour donner à l'incapable une autorisation plus rapide et en plus complète connaissance de cause.

b) *Successions* (1). — En l'absence de conventions consulaires, les pouvoirs des consuls nous semblent devoir être extrêmement réduits. Tout au plus peut-on leur accorder le droit de rédiger un procès-verbal d'inventaire, ou le droit d'intervenir auprès des autorités locales pour faire prendre certaines mesures conservatoires de caractère urgent.

Au contraire, les traités et conventions (2) leur assignent généralement un rôle plus actif en leur permet-

(1) Surville et Arthuys, *Manuel*, p. 423, note 3, avec bibliographie de la question.

(2) Ce sont les mêmes conventions avec l'Italie, le Portugal, la Grèce, etc...

tant de diriger l'administration et la liquidation de la succession.

Ils auront ainsi le pouvoir de procéder à l'apposition des scellés (1), à la rédaction de l'inventaire, à la nomination d'un administrateur de la succession, à la vente des biens héréditaires. Ils exerceront donc les mêmes attributions de juridiction gracieuse qui en France seraient de la compétence des autorités judiciaires.

Il y a là une nouvelle brèche, bien compréhensible du reste, à l'autorité de l'Etat étranger, qui permet ainsi aux consuls d'intervenir à la place des organes de la juridiction gracieuse locale.

SECTION IV. — **Jurisprudence. — Voies de recours contre l'acte gracieux.**

La question des voies de recours dirigées contre l'acte gracieux n'a pas été spécialement prévue par le législateur. Tout au plus peut-on citer quelques textes qui admettent ou excluent la possibilité d'un recours. Ce sont dans le sens de l'admission : l'article 357 du Code

(1) En ce qui concerne les scellés, la question s'est posée de savoir si le consul intervenait seulement dans l'intérêt de ses nationaux, ou s'il pouvait également agir dans l'intérêt politique de son gouvernement ?

La jurisprudence (Cass. civ., 17 juin 1895, S. 95.1.337) considère que le consul intervenant avant tout dans l'intérêt de la succession, les intéressés ont le droit d'assister aux opérations des scellés et de les surveiller.

civil pour l'adoption et l'article 858 du Code de procédure pour la rectification des actes de l'état civil. Au contraire, excluent ces mêmes voies de recours : l'article 746 du Code de procédure relatif à la conversion de la saisie immobilière en vente sur publications judiciaires, et les articles 32 et 38 de la loi du 30 juin 1838 relatifs aux nominations d'administrateurs provisoires à des aliénés non interdits.

De ce silence de la loi, la doctrine — on le sait — conclut généralement à l'impossibilité de voies de recours contre les actes gracieux. La jurisprudence est plus hésitante. Selon les espèces qui lui sont soumises, elle se prononce tantôt pour, tantôt contre l'admission des voies de recours. Aussi n'avons-nous pas ici la prétention de ramener à des formules définitives, une jurisprudence aussi contradictoire (1).

Pourtant, à s'en tenir aux arrêts les plus récents, on peut voir se dégager dans la jurisprudence deux grandes tendances.

D'une part, l'acte gracieux n'a pas l'autorité de la chose jugée. En conséquence, les parties et même les tiers peuvent se présenter devant le juge pour lui demander la rétractation de la décision par lui rendue.

D'autre part, la jurisprudence n'admet pas en général

(1) On pourra voir un tableau très complet de la jurisprudence dans la thèse de Baudin, *op. cit.*, p. 132. — C'est, du reste, surtout à l'occasion des ordonnances sur requête que la question se pose en pratique.

que l'acte gracieux, qui n'est pas un véritable jugement, soit susceptible de voies de recours. Seulement elle exige, pour qu'un acte soit gracieux, qu'il ne soit pas de nature à porter préjudice aux tiers. Chaque fois, en effet, qu'une décision prise par le juge est de nature à compromettre les droits des tiers, la jurisprudence la qualifie de contentieuse et la soumet comme telle aux voies de recours du droit commun : opposition et appel. Ce sont ces deux tendances de la jurisprudence que nous allons mettre en lumière à la lueur des arrêts.

§ 1. — Non-autorité de la chose jugée.

Le principe de la non-autorité de la chose jugée apparaît certain en jurisprudence. Il est déjà affirmé dans un arrêt du tribunal de la Seine du 15 mars 1845 (1). Un mineur avait été autorisé à aliéner en un seul lot une propriété importante. Ensuite une Compagnie de chemins de fer voulant faire traverser la propriété par une voie ferrée, le conseil de famille sollicita du tribunal l'autorisation de vendre par lots. Le procureur de la République ayant opposé à cette demande l'exception de chose jugée, le tribunal passa outre en accordant l'homologation, car, disait-il, les actes gracieux étant avant tout des actes d'administration et de « haute tutelle », n'ont pas l'autorité de la chose jugée.

(1) Trib. Seine, 15 mars 1845, cité par Garsonnet, *loc. cit.*, p. 251.

La même solution se retrouve dans un arrêt de la Cour de cassation du 25 octobre 1905 (1). Une personne avait obtenu, par voie de procédure gracieuse, un changement de nom. Le ministère public intervint ensuite pour faire réformer cette décision. La Cour admit son intervention, car, disait-elle : « Il est de principe que les décisions judiciaires émanées de la juridiction gracieuse ne sont pas revêtues de l'autorité de la chose jugée. »

La chambre des requêtes, le 17 octobre 1911, fait application de notre principe aux autorisations de visite des aliénés. Ces autorisations peuvent être rapportées par le tribunal, sur la demande du médecin traitant, lorsque la continuation de ces visites pourrait constituer un danger pour le malade (2).

Mais c'est surtout un arrêt tout récent de la Cour de Paris, du 6 janvier 1912 (3), qui en a fait la plus curieuse application. Une femme dotale avait obtenu du tribunal l'autorisation d'hypothéquer un immeuble dotal, et cela, disait-elle, pour aider son frère et son mari à relever une entreprise commerciale proche de la ruine.

Or au moment de la saisie immobilière poursuivie par les créanciers hypothécaires, les époux opposent la nullité de l'hypothèque.

Et pour cela, ils prétendent faire annuler le jugement

(1) D. P. 1906.1.337, note Planiol.
(2) Req., 17 octobre 1911, D. 1913.1.118 (5e cahier).
(3) Paris, 6 janvier 1912, *Rev. trim.*, 1912, p. 772, note de Japiot.

gracieux d'autorisation en soutenant que les allégations par eux produites à l'appui de la requête d'autorisation étaient inexactes. La Cour de Paris admit que cet acte gracieux n'ayant pas l'autorité de la chose jugée, la femme peut en invoquer la nullité contre son mari, mais que cette nullité n'est pas opposable aux tiers comme étant basée sur des erreurs de fait, et non pas sur des erreurs de droit.

§ 2. — Exclusion toute relative des voies de recours.

Chaque fois qu'une décision lui apparaît de nature à causer un préjudice aux tiers, la jurisprudence considère l'acte comme ayant un caractère contentieux et admet à son encontre les voies de recours du droit commun.

C'est par ce détour que la jurisprudence (Dijon, 26 juin 1907) est arrivée à admettre que l'ordonnance d'envoi en possession de l'article 1008 du Code civil serait contentieuse, parce que de nature à préjudicier aux droits des autres héritiers (1).

En conséquence, la jurisprudence admet aujourd'hui que cette ordonnance est susceptible d'opposition devant le président, et d'appel devant la Cour (2). Pourtant elle semble n'ouvrir la voie de l'appel qu'aux héri-

(1) Dijon, 26 juin 1907, P. 1909.2.12. — Voir aussi : D. 1909.5.17.
(2) Cass civ.., 3 avril 1895, D. P. 96.1.5, note Glasson. — *Contrà* : D. P. 92.2.49 (Dijon, 24 novembre 1896) avec note Glasson.

tiers qui ont été appelés ou représentés à l'ordonnance. Les autres n'auraient à leur disposition que la voie de l'opposition (1).

Enfin aucune voie de recours ne serait plus possible lorsque les héritiers auraient accepté la situation légale que leur créait l'envoi en possession en transigeant par exemple avec le légataire universel (2).

La même solution se retrouve pour l'ordonnance de dépôt d'un testament qui est également susceptible d'opposition ou d'appel, selon qu'elle a été rendue par défaut ou contradictoirement (3). Et la raison en est, affirme la Cour de Pau (4), que ces ordonnances étant rendues le plus souvent par le président toutes parties appelées, auront de ce chef un caractère contentieux.

En ce qui concerne l'autorisation d'assigner à bref délai, la jurisprudence est plus hésitante. Elle a autrefois repoussé les voies de recours contre cette décision en invoquant son caractère gracieux (5).

Aujourd'hui elle semble plutôt considérer que l'article 417 du Code de procédure lui-même autorise ces voies de recours, lorsqu'il décide que la décision sera exécutoire nonobstant opposition ou appel. La loi semble donc ainsi envisager la possibilité d'une opposition

(1) Besançon, 15 novembre 1905, D. P. 1907.2.87.
(2) Req., 14 mai 1901, D. P. 1901.1.359.
(3) D. P. 97.1.357 ; Paris, 23 décembre 1909, D. P. 1910.5.19.
(4) Pau, 27 février 1911, D. P. 1911.2.318.
(5) *Sic* : D. P. 85.2.217. — *Contrà* : Amiens, 23 mai 1903, D. P. 1905.2.243.

ou d'un appel, mais elle déclare que cette opposition ou cet appel ne seront pas suspensifs et n'empêcheront pas l'exécution de l'ordonnance rendue.

Enfin la jurisprudence a également admis l'opposition contre l'ordonnance du président autorisant une saisie conservatoire aux termes de l'article 417 du Code de procédure (1). Elle a décidé également que l'appel ne serait possible contre une pareille décision qu'une fois expirés les délais de l'opposition.

On voit donc que la jurisprudence au moins la plus récente se montre assez large pour admettre l'opposition et l'appel contre les décisions gracieuses. Sans doute la jurisprudence n'arrive pas à cette solution par une affirmation directe ; elle ne la consacre que par une voie en quelque sorte détournée, en ramenant dans le champ du contentieux le plus grand nombre des décisions gracieuses. Pourtant, au point de vue pratique, le résultat n'est pas sensiblement différent.

Par contre, la jurisprudence est hostile à l'admission de la tierce opposition en notre matière. Un jugement rendu par la chambre du conseil avait refusé d'homologuer une transaction passée par un mineur. Le tiers ainsi lésé manifesta la prétention d'attaquer cette décision par la voie de la tierce opposition. Mais son action ne fut pas déclarée recevable (2). A une date plus récente la chambre des requêtes refusa au failli le droit

(1) Douai, 21 janvier 1884, D. 87.2.17.
(2) Bordeaux, 22 février 1888, S. 91.2.57, note Tissier.

de former tierce opposition contre une ordonnance désignant un administrateur provisoire (1).

SECTION V. — Projets de réforme législative et droit étranger.

Jusqu'ici nous avons surtout présenté un tableau de la question de la juridiction gracieuse dans le passé et dans le présent. Il nous reste maintenant, dans une dernière section, à nous demander quel pourrait être le droit de l'avenir tel qu'il paraît se dégager, soit des projets français de réforme législative, soit des solutions du droit étranger ?

§ 1. — Projet de réforme législative.

Parmi toutes les réformes législatives en chantier, la plus utile à faire aboutir serait certainement celle du Code de procédure, aujourd'hui beaucoup trop archaïque et démodé (2). Pourtant la question reste encore à l'étude, depuis un premier projet préparé en 1865 et repris par une commission spéciale qui se réunit au ministère de la justice le 25 juillet 1883. Ce projet, publié en 1898 (3) au *Journal officiel*, contenait un certain

(1) Req., 13 janvier 1903, D. P. 1904.1.577.

(2) Sur cette question, voir Introduction du *Manuel* de Glasson et Tissier, et Tissier, *Rev. trimestrielle de droit civil*, 1906, p. 625 et suiv.

(3) *J. off.*, 1898, *Doc. parl.*, p. 198.

essai d'organisation de la juridiction gracieuse (dans son titre 26).

Une première section était consacrée à déterminer son champ d'application dans laquelle le projet faisait rentrer : 1° les homologations des actes des incapables ; 2° les nominations d'administrateurs ; 3° les rectifications d'actes de l'état civil faites sans contestation ; 4° les envois en possession de successeurs ou de légataires....

Une autre section visait les voies de recours dirigées contre les actes gracieux, en décidant que l'appel d'une décision de la chambre du conseil du tribunal serait porté devant la Cour siégeant également en chambre du conseil (art. 51 du projet).

Tel est le projet de réorganisation de la chambre du conseil qui ne fait guère que reproduire et confirmer à peu près les solutions légales et traditionnelles sans y apporter de transformations nouvelles.

§ 2. — Droit étranger.

En face de cette pauvreté de notre droit français, le droit étranger va nous paraître beaucoup plus riche en documents et plus fertile en comparaisons.

A. — *Italie.*

C'est tout d'abord Rocco, un auteur italien, qui semble avoir poussé très loin l'analyse de la notion de juri-

diction gracieuse. Dans sa sentence civile (1) il cherche à en dégager le caractère. Pour lui, l'acte gracieux doit être considéré comme un acte administratif. La juridiction suppose en effet un rapport juridique entièrement créé dont le juge veille simplement à l'exécution. Au contraire, les actes gracieux supposent bien un acte juridique préalable résultant d'une déclaration privée de volonté, mais un acte juridique qui a besoin, pour sortir ses effets, d'un élément extrinsèque. Et cet élément extrinsèque, c'est justement l'autorisation donnée dans un but de protection et de tutelle par un organe d'Etat.

Aussi notre auteur définit-il la juridiction gracieuse : « l'intervention de l'Etat dans la formation des rapports juridiques concrets, en certifiant dans une forme solennelle l'opportunité ou la légalité de l'acte accompli ou à accomplir ».

Partant de cette définition large, Rocco reconnaît que l'exercice de la juridiction gracieuse n'appartient pas simplement au juge, mais qu'il est encore accordé au notaire.

Le juge et le notaire jouent en effet le plus souvent le même rôle d'officier public. Tous les deux ils interviennent dans la constatation des rapports juridiques privés.

(1) Rocco, *Sentenza civile*. Analyse de la notion de juridiction gracieuse : *Giurisdizione volontaria*, p. 17 et 18 en note.

Dans ce fragment relativement court de Rocco, c'est toute une théorie très personnelle et très originale qui se dessine.

B. — *Allemagne.*

En Allemagne, la théorie de la juridiction gracieuse a été également très étudiée. Weismann (1), dans son *Manuel de procédure*, a fait une longue analyse de ces actes gracieux, mais finalement il nie l'impossibilité d'un critérium scientifique de notre théorie. Les autres auteurs (2) adoptent généralement une conception plus voisine de celle de Rocco en comprenant sous le terme de juridiction gracieuse toutes les formes de l'intervention de l'Etat dans les rapports privés, en faisant rentrer également les fonctions du juge et du notaire dans le concept de la juridiction volontaire.

Et c'est cette même idée que reprend la loi allemande sur la juridiction gracieuse du 17 mai 1898. Cette loi, sous un seul et même titre, traite à la fois et des attributions des tribunaux de bailliage et de celles des notaires (3).

(1) Weismann, *Lehrbuch*, p. 24 et 25.

(2) Wach, *Handb.*, p. 61 et suiv. ; Helwigg, *id.*, p. 78 et 79.

(3) Voir le texte de la loi de 1898 sur la *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, cité dans *Ann. lég. étrangère* de 1898, p. 96. Traduction et notes du professeur Gérardin.

C'est de cette loi très importante, dont il nous faut maintenant présenter un aperçu sommaire.

L'organe, auquel est confié l'exercice de la juridiction gracieuse, sera en principe le *tribunal de bailliage*, qui est investi d'une très large compétence.

1° Ce tribunal joue tout d'abord le rôle de tribunal de tutelle (art. 35). On sait que cet organisme remplit dans le droit allemand un rôle analogue à celui de notre conseil de famille, dont l'institution n'est en Allemagne que facultative.

En conséquence, c'est lui qui institue le tuteur, le contrôle, le révoque, autorise les actes juridiques les plus importants au cours de l'administration de la tutelle, solutionne les conflits qui pourraient se produire (C. civ. allemand, § 1773 et suiv.).

C'est également devant ce tribunal des tutelles que sont portées : 1° la demande d'autorisation de la femme mariée lorsqu'exceptionnellement elle est incapable dans les conditions du paragraphe 1358 (1) ; 2° la demande en rétablissement de la vie conjugale (§ 1353).

Le tribunal de bailliage joue donc vis-à-vis des inca-

(1) On sait, en effet, que la femme allemande, à l'inverse de la femme française, est entièrement capable. Elle n'est incapable que d'une façon très exceptionnelle, lorsqu'elle passe avec un tiers un contrat par lequel elle s'oblige à une prestation personnelle (§ 1358). C'est qu'en effet, ces contrats pourraient être de nature à faire échec aux droits du mari et à compromettre l'harmonie des rapports entre époux. — *Sic* : Gény, *Cours de doctorat*, Nancy, 1909-1910, sur la condition civile de la femme mariée.

pables un rôle de protection et de tutelle, analogue à celui qui est confié chez nous à la chambre du conseil (1).

2° Il est également compétent, sous le nom de tribunal de succession (art. 72 de la loi), pour statuer sur certaines difficultés relatives au règlement de la succession. C'est ce tribunal de succession qui peut ordonner des mesures conservatoires : apposition de scellés, consignation de l'argent et des valeurs, confection d'un inventaire, nomination d'un curateur (§ 1960, C. civ. all.).

Au cas de curatelle à succession, le tribunal de succession joue vis-à-vis du curateur le même rôle que le tribunal des tutelles à l'égard du tuteur (§ 1962, C. civ.).

3° Comme chez nous, l'adoption doit être homologuée par un organe judiciaire, et c'est naturellement toujours à ce même tribunal de bailliage que l'on va confier ce soin.

L'article 65 de notre loi décide en effet que : « La confirmation et l'infirmation des contrats d'adoption sont de la compétence des tribunaux de bailliage ». Ici encore le tribunal de bailliage apparaît de nouveau semblable à notre chambre du conseil.

4° L'analogie peut être encore poursuivie en matière d'état des personnes, puisque le tribunal de bailliage a

(1) Le tribunal de bailliage a même une compétence plus étendue que notre chambre du conseil, puisqu'il substitue également notre conseil de famille pour certains actes juridiques.

compétence pour constater certaines questions d'état. Tout d'abord il reçoit, en concurrence avec les notaires, les déclarations de paternité naturelle prévues par les paragraphes 1718 et 1720 du Code civil (art. 167, al. 2 de la loi).

La loi sur la constatation de l'état des personnes du 6 février 1875 le charge également (art. 66) de procéder aux rectifications d'actes de l'état civil. Mais, par une disposition très heureuse, elle organise un système de publicité destiné à avertir les tiers.

Les tiers ainsi avertis auront un recours (art. 70 de notre loi), et la décision du tribunal ne deviendra exécutoire que du jour où elle aura acquis l'autorité de la chose jugée.

5° Enfin le tribunal de bailliage est également chargé de la tenue des registres de commerce (art. 125), des registres d'association, et des registres des biens des gens mariés (art. 159 et 161). Il peut également recevoir une prestation de serment (art. 163 et 164), désigner un expert (art. 164) ou procéder à la nomination d'un séquestre (art. 165). Dans le cas de l'article 1246, alinéa 2 du Code civil, c'est lui qui autorisera la vente du gage.

On voit donc par cette énumération que le champ de la juridiction gracieuse n'est pas très différent en Allemagne de ce qu'il est chez nous. Ce sont à peu près les mêmes actes que l'on s'accorde à ranger sous ce nom. La grande supériorité du droit allemand sur le nôtre,

résulte surtout de l'unité de juridiction. C'est en effet un seul organe, le tribunal de bailliage, qui exerce cette juridiction, tandis que chez nous, au contraire, l'exercice de la juridiction gracieuse est confié, selon les cas, soit au président, soit à la chambre du conseil. Or cette division de juridiction, le plus souvent très arbitraire, ne fait guère que compliquer la tâche de l'interprète, en le laissant dans l'incertitude, chaque fois qu'il se trouve en présence d'une situation non prévue par le législateur.

Le droit allemand nous est également supérieur à un autre point de vue : c'est dans l'organisation des voies de recours qu'il admet contre l'acte gracieux.

En principe (1), le droit allemand admet trois sortes de recours contre l'acte gracieux. Tout d'abord les parties peuvent s'adresser au tribunal, en lui demandant de modifier sa décision (art. 18). C'est la consécration du principe que les décisions gracieuses n'ont pas l'autorité de la chose jugée.

Ensuite les parties ont à leur disposition un premier recours analogue à notre appel et qui leur est ouvert, lorsqu'elles peuvent le fonder sur des faits nouveaux ou des preuves nouvelles (art. 23). Ce recours est porté

(1) Nous disons : *en principe*, car il faut également observer que la loi déroge parfois, elle-même, à la théorie générale qu'elle nous propose. Dans un assez grand nombre de cas (dans le détail desquels nous ne jugeons pas utile d'entrer), elle écarte parfois certaines de ces voies de recours (Voir à titre d'exemple les art. 64, 68, 76, 84, 96, 132, 146, 164 de la loi, etc...).

devant le tribunal régional (art. 19). Enfin lorsque les parties peuvent se plaindre d'une violation de la loi, elles ont à leur disposition un second recours jugé par le tribunal régional supérieur (art. 27 et 28).

Ce système de voies de recours est certainement très étendu et très voisin du système rationnel que nous nous efforcerons de dégager dans notre seconde partie. Il pourrait donc servir heureusement de modèle au droit français.

C. — *Suisse.*

Il existe également dans le droit suisse une autorité tutélaire, chargée de l'organisation et du contrôle de la tutelle (art. 360 et suiv., C. civ.). Mais là où apparaît la solution curieuse, c'est que cette autorité tutélaire peut être, selon les cas, soit une autorité judiciaire, soit une autorité administrative (art. 361 et 55 de la loi d'application du C. civil). Ceci nous prouve en passant qu'il serait excessif de considérer l'exercice de la juridiction gracieuse comme inhérent à l'autorité judiciaire.

Pour en terminer avec toute cette partie de documentation, notons enfin que cette autorité tutélaire est également compétente, pour approuver certains contrats entre époux (art. 177), les contrats entre père, mère et enfants (art. 282), pour autoriser la prolongation de communauté de biens (art. 229).

TITRE II

ESSAI D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE

CHAPITRE PREMIER

DE LA NATURE DES DÉCISIONS JUDICIAIRES RENDUES EN MATIÈRE GRACIEUSE. — RECHERCHE D'UN CRITÉRIUM.

Nous devons nous demander dans ce chapitre premier s'il est possible de dégager la nature juridique véritable de l'acte gracieux, s'il est possible de trouver un critérium qui permette de séparer l'acte gracieux de l'acte contentieux ?

C'est là sans doute et au premier chef une recherche théorique, mais une recherche à laquelle le jurisconsulte ne peut se soustraire, car c'est la solution de cette question qui lui fournira la clef de toutes les difficultés pratiques de la matière qu'il chercherait vainement à élucider d'une autre manière.

Or, lorsqu'on examine les systèmes proposés en doctrine pour distinguer l'acte gracieux de l'acte conten-

tieux, on se trouve en présence de trois opinions différentes.

Dans un premier système, que nous avons vu défendre par Merlin, ce qui sépare la juridiction gracieuse de la juridiction contentieuse, c'est le fait que le magistrat agirait soit sans connaissance, soit avec connaissance de cause. Nous avons déjà plus haut (titre I, chap. II, sect. III) montré l'inexactitude d'une telle conception. Nous avons vu que ce n'est que tout à fait exceptionnellement que le magistrat rend ses décisions gracieuses, sans s'être fortement documenté sur l'opportunité de l'acte pour lequel on sollicite son autorisation (1) ; que la seule différence qui existe à ce point de vue entre les actes gracieux et contentieux se ramène à une question de preuve. La preuve de la demande d'un acte gracieux n'étant pas soumise aux mêmes exigences que celle de la demande d'un jugement contentieux. Mais il est bien évident que l'on ne saurait asseoir sur une différence aussi minime et aussi secondaire un critérium quelconque.

C'est donc dans les deux autres systèmes qu'il nous faut chercher la solution du problème qui nous intéresse. Or, ces deux autres systèmes soutiennent : l'un que l'acte gracieux est un acte non contradictoire, par

(1) Voir la question déjà étudiée plus haut : Tit. I, chap. II, sect. III. — Voir Merlin, *Répertoire*, 5e édit., V° *Juridiction gracieuse*, n° 3. — Voir note Planiol, déjà citée p. 338, col. a.

opposition à l'acte contentieux qui suppose forcément et nécessairement l'existence d'un débat contradictoire entre les parties ; l'autre que l'acte gracieux, qui est un véritable acte administratif, ne doit pas être confondu avec l'acte contentieux qui serait seul un acte juridictionnel.

Il apparaît, de prime abord, que ces deux systèmes ne sont qu'en opposition apparente l'un avec l'autre ; car ils se placent en effet chacun à un point de vue différent. Le premier système envisage surtout la distinction de la juridiction gracieuse et contentieuse sous « *l'angle formel* » en se plaçant plus spécialement au point de vue de la procédure ; l'autre cherche à dégager son critérium d'une analyse de « *la nature intrinsèque* » de ces actes envisagés à la lumière des principes du droit public.

Du moment que ces deux systèmes envisagent chacun un point de vue différent de la question, il nous faudra les étudier successivement en creusant le problème qui nous préoccupe au double point de vue de la forme et de la nature intrinsèque des actes examinés.

SECTION I. — Distinction de l'acte gracieux et de l'acte contentieux au point de vue formel.

Ce premier système apparaît comme étant des plus simples. Pour savoir si un acte est gracieux ou contentieux, il suffira de rechercher s'il a été rendu avec ou

sans contradiction. Le terme gracieux devient dans ce système synonyme d'acte non contradictoire ; le terme contentieux, l'équivalent du mot contradictoire.

Mais la simplicité de la distinction n'est qu'apparente, la difficulté de la question n'est que reculée puisqu'il s'agit toujours en définitive de savoir ce que l'on doit entendre par un acte contradictoire, ou par un acte non contradictoire ?

A s'en tenir rigoureusement au point de vue formel, il semble que l'on devrait répondre que l'acte sera gracieux ou contentieux selon « *qu'en fait* » il aura ou n'aura pas rencontré de contradiction, c'est ce que soutient M. Bertin (1) qui propose de s'en tenir à la forme : assignation ou requête que revêt la demande pour déterminer le caractère contentieux ou gracieux de l'acte.

Mais ce critérium purement formel a rencontré des adversaires. On a répondu qu'il ne suffisait pas, pour qu'un acte soit gracieux, qu'en fait il n'ait pas rencontré de contradicteur ; il fallait de plus qu'il ne fût « *pas de nature à soulever une contradiction* » (2).

Mais alors comment reconnaître si un acte est de nature à soulever une contradiction ? Il faut, dit M. Cazalens (3), rechercher si l'acte est de nature ou non à

(1) *Sic* : Bertin, *Ordonnances sur requête*, p. 14 ; Bertin, *Projet de loi sur la chambre du conseil*, p. 7 ; thèse Lefas, p. 77.

(2) *Sic* : Garsonnet, *Traité de procédure*, t. VIII, n° 2660 ; Planiol, note au Dalloz citée col. 1, p. 337.

(3) Cazalens, note, D. 75.2, p. 73, 105, 137.

causer un préjudice aux tiers. Si l'acte est de nature à causer aux tiers un préjudice, il appelle forcément et nécessairement une contradiction, donc il est contentieux. Il est au contraire gracieux s'il n'est pas de nature à causer aux tiers un préjudice quelconque. Et c'est sur cette distinction ingénieuse — on le sait — que cet auteur fonde les voies de recours qu'il admet contre les ordonnances sur requête. C'est aussi de ce système, dont s'inspire, nous l'avons vu également, la jurisprudence la plus récente (1) qui admet volontiers qu'un acte est contentieux chaque fois qu'il est de nature à causer aux tiers un préjudice. Ce système conduit également à expliquer facilement pourquoi les jugements par défaut, bien que rendus en l'absence de contradicteur, ne sont généralement pas considérés comme des actes gracieux. C'est que, dit-on, ces jugements auraient normalement dû être rendus après une instance contentieuse, puisqu'ils sont toujours de nature à faire grief au défendeur, et que s'ils ont été rendus sans instance contradictoire, c'est uniquement par suite de circonstances exceptionnelles telles que l'ignorance ou la négligence du défendeur.

Seulement ce second système nous semble difficile à admettre, et cela pour plusieurs raisons :

(1) Voir les arrêts cités plus haut dans notre première partie, chap. II, sect. IV.

1° C'est qu'en effet, pris à la lettre, il est la négation même de la juridiction gracieuse, puisqu'en fait il n'y a presque pas d'actes qualifiés d'ordinaire de gracieux qui ne soient de nature à causer aux tiers un véritable préjudice. C'est ce qui résulte de toute évidence de l'examen des décisions rendues par la chambre du conseil ou par le président statuant sur requête. C'est ce qu'affirme avec beaucoup de force M. de Peyramont (1) quand il déclare « qu'il n'est presque pas de cas, où la loi autorise l'ordonnance sur requête, où les mesures requises ne présentent le caractère d'appeler ou de provoquer la contradiction par le préjudice souvent irréparable qu'elles peuvent causer ».

Ce système, visiblement trop étroit, cadre mal avec la conception courante de la juridiction gracieuse. En fait, pour rechercher si un acte est ou non contradictoire, il n'y a pas lieu de s'inquiéter du préjudice plus ou moins éloigné qu'il peut causer aux tiers ; il faut rechercher si le demandeur s'est trouvé ou non en présence d'un adversaire qui est venu devant le juge contredire ses prétentions.

2° Le système que nous critiquons a également le grave défaut de se placer, pour apprécier la nature de l'acte judiciaire, à une époque postérieure au jugement ou à l'ordonnance rendue. Il déclare que cet acte judi-

(1) Rapport de M. Peyramont (Cass. civ., 26 nov. 1867) dans *Journal du Palais*, 1868,1, p. 154 ; cité par Lefas, thèse, p. 76.

ciaire, originairement gracieux, devient par la suite contentieux par là même qu'il surgit un contradicteur. Or, il nous semble plus logique de déterminer la nature de l'acte d'après le caractère de la *demande initiale.*

C'est le caractère contradictoire ou non contradictoire de cette demande initiale, qui nous semble fixer la nature de toute la procédure qui va s'engager (1). Et nous croyons que les incidents contradictoires, qui peuvent survenir dans la suite, ne modifient pas le caractère primitif de la décision rendue, qui reste gracieuse même lorsque les tiers exercent contre elle un recours.

Pourtant nous croyons que le principe que nous venons de poser ne s'applique pas aux jugements par défaut rendus par les juridictions normalement contentieuses. Dans notre système le jugement par défaut est certainement une décision gracieuse, puisqu'en fait il a été rendu en l'absence du contradicteur, l'adversaire ayant négligé de répondre à l'assignation du demandeur, soit en ne constituant pas avoué (défaut faute de comparaître), soit en ne déposant pas de conclusions (défaut faute de conclure). Pourtant une telle décision

(1) Voir pourtant en sens contraire, sous Cass. civ., 25 octobre 1905, D. 06.1.337, note Planiol,qui admet que l'intervention du ministère public après une instance gracieuse la transforme en une instance contentieuse (Planiol, p. 337, col. 1). Au contraire, l'arrêt semble bien admettre que, malgré l'intervention du ministère public, la décision est toujours gracieuse (Voir Attendus de la Cour suprême, p. 339).

est bien différente au fond de décisions proprement gracieuses. C'est qu'en effet la demande gracieuse, qui a toujours pour but de solliciter une faveur dans l'intérêt du requérant, ne vise — au moins directement — aucune personne spéciale, tandis que la demande contentieuse apparaît dirigée contre un adversaire déterminé. Il est alors logique de décider que cet adversaire qui n'a pas pu se défendre au cours de la première instance, pourra, par la voie de l'opposition, saisir le tribunal d'une nouvelle instance contentieuse. Au cas d'un jugement par défaut suivi d'opposition, il nous semble qu'il se déroule successivement une double instance : l'une gracieuse, l'autre contentieuse.

3° Enfin, et en dernier lieu, le système qui fait appel à la nature de l'acte pour distinguer si la demande sera ou non contradictoire, nous semble confondre deux points de vue différents qui doivent être soigneusement distingués. Nous aurons en effet l'occasion de montrer plus loin que ce n'est guère qu'au point de vue formel que l'on se peut faire une idée générale de la juridiction gracieuse, puisqu'au fond les décisions gracieuses sont loin d'avoir toutes le même caractère juridique. Par suite, ce nous semble être une erreur de vouloir déterminer la distinction formelle de l'acte gracieux et contentieux en faisant appel à la nature intrinsèque de l'acte.

Nous nous en tiendrons donc strictement au vieux critérium formel et nous dirons qu' « *un acte sera gra-*

cieux ou contentieux selon qu'en fait il aura ou n'aura pas rencontré de contradicteur ».

Seulement que faut-il entendre au juste par un contradicteur? Pour nous le contradicteur c'est toute personne qui a régulièrement contesté, avant le prononcé de la sentence, les prétentions du demandeur dans des conclusions posées devant le juge. Cette définition va nous permettre de nous prononcer sur un certain nombre de cas controversés : 1° cas où le juge entend le ministère public ; 2° cas où le juge convoque tous les intéressés ; 3° cas où les parties soumettent au tribunal un jugement d'accord.

1° *Rôle du ministère public.*

Le fait que le ministère public intervient dans une instance suffit-il à rendre cette instance contentieuse? Autrement dit, le ministère public peut-il être assimilé à un véritable contradicteur. L'affirmative a parfois été soutenue : c'est ainsi que Merlin considérait l'absence comme une procédure contentieuse parce que le ministère public y intervient pour défendre les intérêts de l'absent (1) (art. 116, C. civ.).

En réalité, nous croyons que c'est par une distinction que la question doit se résoudre : le ministère public peut agir en matière contentieuse d'une double façon,

(1) Merlin, *Répertoire*, 5e édit., V° *Juridiction gracieuse*, n° 2.

tantôt par voie d'action, tantôt par voie de réquisition ou de conclusions (1).

Lorsqu'il agit par voie d'action, il joue le rôle d'un véritable adversaire, et c'est pourquoi on décide qu'il est alors partie principale au débat ; lorsqu'au contraire il se borne à donner des conclusions, il apparaît comme étranger — au moins directement — à l'instance, il joue simplement le rôle de partie jointe. Or, il nous semble que la distinction de la voie d'action et de la voie de réquisition s'applique aussi bien à la procédure gracieuse qu'à la procédure contentieuse.

A. — Le ministère public agit par voie d'action en matière gracieuse lorsque c'est lui-même qui sollicite du tribunal une demande qui ne rencontre pas de contradicteur. Tel est le cas où le ministère public sollicite du tribunal l'interdiction d'une personne (art. 491, C. civ.) qui n'a pas de parents connus ou dont les parents se refusent à faire demander cette interdiction, puisque la première phase de la procédure d'interdiction a — on l'admet généralement — un caractère gracieux. Le ministère public agit encore par voie d'action, ou plus exactement par voie de défense, lorsqu'il se présente pour contester une question d'état soulevée originairement en matière gracieuse, comme cela a lieu par exemple s'il intervient pour contester l'orthographe d'un nom (2).

(1) *Sic* : Garsonnet, *Manuel de procédure civile*, n° 50.

(2) Cass. civ., 25 octobre 1905, D. 1906.1.337, note Planiol. — Il

Dans ce cas la procédure originairement gracieuse se transforme en une instance contentieuse, puisque le ministère public joue, vis-à-vis du requérant, le rôle d'un véritable adversaire.

B. — Le ministère public agira, au contraire, par voie de réquisition lorsque le juge étant saisi (en chambre du conseil) d'une demande contentieuse, il interviendra pour donner un avis soit favorable, soit défavorable au requérant. Dans ce cas, il ne se présente pas comme un véritable adversaire ; il n'est pas à proprement parler un contradicteur, mais un donneur d'avis ; par suite sa présence ne transforme pas le caractère primitif de l'instance, qui reste gracieuse. Nous croyons que c'est ainsi qu'il faut comprendre le rôle du ministère public en matière d'absence, car il n'est pas, semble-t-il, l'adversaire des héritiers demandant l'envoi en possession. Sans doute la loi lui confie bien la mission de surveiller l'enquête qui est faite. Mais c'est uniquement afin de lui permettre d'éclairer sa religion et de formuler ses conclusions en connaissance de cause. Les conclusions qu'il formulera ainsi, après avoir suivi l'enquête ordon-

convient du reste d'observer que dans cette hypothèse le ministère public était intervenu non pas au cours de l'instance, mais postérieurement à la décision rendue. Dans ces conditions on pouvait douter que cette intervention tardive du ministère public ait eu pour effet de transformer l'instance gracieuse en une instance contentieuse ; aussi cet arrêt décide que l'intervention tardive du ministère public n'a pas pu avoir cet effet, et n'a pas transformé en une instance contentieuse l'instance originairement gracieuse.

née par le tribunal, pourront être favorables aux requérants.

Ce qui prouve bien que le ministère public n'est pas, dans ce cas, l'adversaire des envoyés en possession. Son rôle est beaucoup moins de contester leur demande que d'éclairer la religion du tribunal dans un sens ou dans l'autre.

2° *Cas où le juge convoque tous les intéressés ou provoque leurs explications.*

Il arrive également que le juge, avant de rendre une décision de nature gracieuse, convoque les différents intéressés afin de provoquer leurs explications. Nous croyons qu'en principe l'intervention des différents intéressés ne suffit pas à rendre contentieuse l'instance qui était originairement gracieuse, s'ils n'ont pas contesté les prétentions du requérant dans des conclusions posées devant le juge.

a) C'est ainsi que pour qu'une ordonnance sur requête, en particulier l'ordonnance d'envoi en possession prévue par l'article 1008 du Code civil, soit contentieuse, il ne suffit pas, croyons-nous, qu'elle ait été rendue en présence de tous les héritiers intéressés ; il faut de plus que ceux-ci aient formellement contesté devant le juge les prétentions du légataire universel.

b) De même nous croyons que les ordonnances de clôture des procédures d'ordre et de contribution ont également un caractère gracieux. Sans doute les créan-

ciers sont bien admis à contester par voie de contredits portés et jugés devant le tribunal le règlement provisoire de leurs droits, et il est certain que ces contredits ont le caractère de véritables instances contentieuses. Mais ce n'est qu'une fois que ces contredits ont été jugés et tranchés, que le juge délégué intervient pour fixer d'une façon définitive les droits des créanciers en cause.

Ce règlement général des droits des créanciers qui est fait en dehors de toute contestation proprement dite, et alors même que les contestations sont toutes définitivement tranchées, nous apparaît comme ayant un caractère essentiellement gracieux.

3° *Cas où les parties soumettent au tribunal un jugement d'accord ou d'expédient.*

Nous avons déjà indiqué ce qu'étaient les jugements d'expédient dans lesquels le juge se borne à constater l'accord des parties formulé dans des conclusions identiques. Ces actes ont-ils le caractère d'actes gracieux? On l'a parfois contesté en soutenant que la volonté des parties ne pourrait transformer une instance normalement contentieuse en une instance gracieuse (1) ; car, dit-on, les parties pourraient ainsi déroger aux règles normales de la compétence, en faisant juger par la

(1) Garsonnet, *Traité*, VIII, § 2960 et note 2.

chambre du conseil une affaire qui devrait être de la compétence du tribunal civil.

Pourtant cette objection ne saurait prévaloir contre cette raison évidente : que du moment que les jugements d'expédient ont été rendus sans qu'il y ait une véritable contradiction, ils sont au moins en la forme des actes gracieux. Du reste il nous semble que l'on s'exagère beaucoup les inconvénients pratiques du système. La question de compétence n'est pas forcément liée à la précédente, un acte peut parfaitement être gracieux et rester de la compétence du tribunal civil.

Et alors même que la chambre du conseil deviendrait compétente pour statuer sur cette sorte d'affaires, nous avouons ne pas y voir un inconvénient pratique bien sérieux ; tout au contraire, la chambre du conseil déchargerait ainsi le rôle du tribunal de toute une catégorie d'affaires qui encombrent inutilement ses audiences. La tâche du juge en serait simplifiée, les frais de l'instance en seraient moindres : toutes solutions que l'on doit désirer dans le fonctionnement d'une bonne justice (1).

SECTION II. — **Distinction de l'acte gracieux et de l'acte contentieux au point de vue de leur nature intrinsèque.**

D'après une doctrine qui a d'assez nombreux partisans, il faudrait voir dans l'acte gracieux un acte à ca-

(1) Voir du reste sur cette question, plus haut notre étude sur la compétence des juridictions gracieuses. Tit. I, chap. II, sect. III.

ractère administratif qui s'opposerait ainsi à l'acte contentieux, qui serait seul un véritable acte juridictionnel. « Les magistrats, dit M. Bertin (1), remplissent une double fonction : une fonction judiciaire proprement dite qui consiste à trancher les litiges, et une fonction qui rentre plutôt dans l'administration et qui consiste à exercer vis-à-vis des particuliers une sorte de « tutelle judiciaire ».

Un tel critérium apparaît beaucoup plus séduisant que le système purement formel que nous venons d'indiquer. Pourtant il faut bien se garder de l'admettre à la légère, et sans avoir au préalable convenablement mis en lumière la distinction que les auteurs de droit public font aujourd'hui entre l'acte administratif et l'acte juridictionnel.

§ 1. — Distinction de l'acte administratif et de l'acte juridictionnel.

Est-il possible de faire une distinction scientifique entre l'acte administratif et l'acte juridictionnel ? Il est bien évident tout d'abord que pour faire cette distinction on ne peut pas se placer au point de vue formel, puisqu'en fait les auteurs de droit public décident que les magistrats de l'ordre administratif ne se bornent pas à faire des actes d'administration, mais qu'ils rendent

(1) Bertin, *Ordonnances sur requête*, p. 16.

encore de véritables jugements (1), et qu'à l'inverse nous avons nous-même à rechercher si les magistrats de l'ordre judiciaire ne créent que des actes juridictionnels et s'ils ne font pas également dans certains cas de véritables actes administratifs ?

C'est donc le caractère de la fonction juridictionnelle opposée à la fonction administrative — et non pas celui de la fonction judiciaire — qu'il nous faut déterminer en nous plaçant uniquement au point de vue matériel. Or, lorsqu'on cherche à distinguer la fonction juridictionnelle de la fonction administrative uniquement d'après leur nature véritable et en faisant abstraction du caractère des organes, des agents, des autorités qui exercent ces fonctions, on se heurte en fait à de sérieuses difficultés. Longtemps la question fut des plus incertaines. Car il semblait que l'on cherchait surtout la base de la distinction dans la nature du droit que le juge avait pour mission de reconnaître et de sanctionner. Ce droit était-il un droit subjectif, on admettait que la constatation de ce droit par le juge avait bien le caractère d'un acte juridictionnel ; mais on soutenait par contre que la sanction du droit objectif faite par le juge ne rentrait pas dans la fonction juridictionnelle proprement dite.

En partant de cette conception, on considérait que la juridiction répressive ou les tribunaux d'annulation

(1) *Sic* : Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, n° 44, p. 237.

(comme est chez nous le Conseil d'Etat) ayant pour but principalement de rechercher la violation du droit objectif n'exerçaient pas une véritable fonction juridictionnelle (1).

Mais un tel système qui refusait ainsi le caractère d'actes juridictionnels aux décisions de tous les tribunaux répressifs et du Conseil d'Etat statuant par la voie de l'annulation, était manifestement contraire aux conceptions de la pratique courante. Aussi l'ancien critérium a-t-il été élargi. On ne soutient plus aujourd'hui que la fonction juridictionnelle se limite à la constatation du seul droit subjectif. Mais on considère que la fonction juridictionnelle consiste dans *un pouvoir de constatation très largement entendu*, puisque cette constatation peut porter tantôt sur des faits, tantôt sur le droit, tantôt sur la recherche de la violation du droit

(1) Les anciens systèmes qui basent la distinction de l'acte juridictionnel et de l'acte administratif sur la notion de droit objectif et de droit subjectif sont ceux : 1° de M. Duguit (1re manière) dans son livre sur *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 416 ; 2° de M. Jacquelin, *Principes dominants du contentieux administratif*, p. 191 ; 3° de M. Artur, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, p. 13. — Par contre, M. Hauriou (*Eléments du contentieux*, 1905, p. 36) se forme du contentieux une idée très large et basée surtout sur les éléments sociaux qui le constituent ; il semble plutôt ainsi se rattacher aux systèmes nouveaux. Il considère en effet que le contentieux existe là où il y a contestation, sans que l'on ait à rechercher si cette contestation porte sur une question de droit subjectif ou objectif. — Voir tous ces systèmes très bien résumés dans *Manuel* de Duguit, p. 238 et suiv. (petits caractères).

objectif, tantôt sur la constatation d'une situation individuelle de droit subjectif (1).

Pourtant pour nous, qui n'avons pas spécialement à nous occuper ici, ni de la justice répressive, ni du contentieux de l'annulation, nous pourrons nous en tenir à la conception ancienne en disant simplement *que la fonction juridictionnelle a essentiellement pour but la constatation d'un droit subjectif antérieur* (2).

Ainsi comprise, la fonction juridictionnelle s'oppose nettement à la fonction administrative. C'est qu'en effet l'administrateur, lorsqu'il investit un fonctionnaire de certains pouvoirs déterminés, ou lorsqu'il accorde à des administrés certaines autorisations, ne se borne pas à reconnaître l'existence d'un droit antérieur ; en réalité il crée en leur faveur un droit nouveau. Et c'est ainsi qu'en dernière analyse ce qui sépare l'acte juridictionnel de l'acte administratif, c'est le fait que le magistrat (*lato sensu*), soit se borne à constater un droit antérieur, soit, au contraire, crée un droit nouveau.

(1) En faveur de l'opinion nouvelle, voir : 1° Duguit (seconde manière), *Manuel de droit constitutionnel*, p. 242 ; 2° Jèze, *Revue de droit public*, 1909, p. 667 et suiv.

(2) Du moins telle est la formule simplifiée qui aura pour but de nous permettre un premier examen des actes gracieux, et une première classification entre actes gracieux à caractère juridictionnel et actes gracieux à caractère administratif. Mais plus loin, nous aurons à nous demander si la nature de la constatation qui intervient, soit recherche de la violation du droit objectif, soit reconnaissance des droits subjectifs antérieurs, ne peut pas servir dans une certaine mesure à opposer entre eux : les purs actes juridictionnels et les actes juridictionnels à caractère gracieux ?

De cette proposition générale, nous allons tirer un certain nombre de conséquences qui vont mettre encore plus en lumière la distinction que nous venons de faire.

1° Tout d'abord, nous croyons que l'acte administratif peut être qualifié d'acte *volontaire*, alors que l'acte juridictionnel nous apparaît comme un acte *nécessaire*.

Par là, nous voulons dire que le magistrat qui se trouve en présence d'une décision à prendre dans l'ordre administratif, par exemple d'une autorisation à accorder, a, en principe (et sauf textes contraires naturellement), le choix entre deux partis déterminés : ou bien accorder l'autorisation ou bien la refuser. C'est donc de sa volonté que dépend la création du droit nouveau. Et c'est pourquoi, disons-nous, l'acte administratif est un acte volontaire. Il ne faudrait du reste pas généraliser trop vite cette expression et dire que l'acte administratif est également un acte *discrétionnaire*. C'est qu'en effet, ce mot discrétionnaire éveille tout naturellement l'idée que les magistrats de l'ordre administratif statueraient d'après leur bon plaisir. Or, rien n'est plus inexact que cette façon de concevoir les choses, les magistrats de l'ordre administratif n'ont jamais, croyons-nous, un pouvoir discrétionnaire, car ils doivent toujours statuer dans les limites de la légalité et afin d'assurer le but normal de la fonction publique. Nous envisagerons donc l'acte administratif comme un acte volontaire, mais non discrétionnaire.

Quant à l'acte juridictionnel, nous le considérons

comme un acte nécessaire parce qu'il est uniquement la constatation d'une situation juridique antérieure, situation que le magistrat doit purement et simplement reconnaître sans pouvoir rien y ajouter par sa propre volonté.

2° On exprime parfois cette distinction d'une autre manière en disant que seuls les actes juridictionnels — à l'exclusion des actes administratifs — auraient l'*autorité de la chose jugée*. Sur ce point, il convient de bien s'entendre. Qu'est-ce en effet que l'autorité de la chose jugée ? M. Duguit et M. Jèze s'en font chacun une idée bien différente.

Pour M. Duguit (1) l'autorité de la chose jugée est la conséquence nécessaire et forcée de la nature même de l'acte administratif. C'est qu'en effet pour lui le magistrat statue par voie de syllogisme, il commence par poser des prémisses certaines qui sont les faits de la cause, d'une part, et les solutions de la loi, d'autre part, et il conclut par voie de raisonnement à l'existence d'une situation de droit subjectif.

Par exemple, il commence par reconnaître que tel individu a possédé pendant plus de 30 ans un fonds déterminé, que, d'autre part, la loi admet la prescription acquisitive, d'où il conclut que l'individu est bien propriétaire du fonds. Un tel raisonnement — dit M. Duguit — est forcément nécessaire ; le juge ne peut pas

(1) Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, p. 241.

arriver à une solution différente. Et c'est ce qui explique l'autorité de la chose jugée. Cette autorité se justifie par cette idée que le magistrat qui raisonne sur les faits de la cause ne peut arriver qu'à une seule solution qui est toujours la même puisqu'elle est toujours la reconnaissance de l'état de droit antérieur.

M. Jèze (1), au contraire, ne partage pas l'opinion de M. Duguit. Il soutient que l'autorité de la chose jugée ne tire pas sa force de la nature même de l'acte juridictionnel. Il prétend simplement fonder l'autorité de la chose jugée sur des nécessités pratiques, en particulier, sur la nécessité d'une solution définitive et irrévocable des litiges entre les individus.

La vérité pourrait bien être entre ces deux conceptions extrêmes. En théorie, sans doute, il est parfaitement exact d'affirmer que le juge qui raisonne sur l'application du droit aux faits de la cause ne peut et ne doit

(1) Jèze, *Revue de droit public*, 1909, p. 670. — M. Jèze a repris cette idée dans le cours fait à la Faculté de droit de Paris en 1913. Il soutient que l'administrateur (qui accorde un permis de chasse par exemple) raisonne également par voie de syllogisme. Mais qu'à la différence du juge, la solution à laquelle il arrive n'a pas la *force de vérité légale*. En réalité M. Jèze nous semble confondre trop facilement avec le raisonnement rigoureux et logique auquel est astreint le juge pour arriver à la découverte de l'état de droit antérieur, le large pouvoir d'appréciation qui est laissé à l'administrateur pour accorder ou refuser à une personne une autorisation, autrement dit pour créer, ou ne pas créer un droit nouveau. — Le cours de M. Jèze a été publié chez Giard et Brière sous le titre de *Technique du droit public*. — V. spécialement, p. 33 et suiv., *Nature de l'acte juridictionnel*.

arriver qu'à une seule solution, toujours la même. Mais pour que ce principe s'applique sans aucune restriction, il faut nécessairement supposer une hypothèse claire, simple, comme celle que nous avons choisie. Dans la pratique, il arrivera souvent que les prémisses même du raisonnement seront douteuses, que le juge aura à faire une interprétation, soit des faits de la cause, soit de la loi, et que dans ces conditions deux juges différents pourront arriver à des solutions non identiques. C'est alors que le législateur intervient dans un intérêt de paix sociale, en présumant que la décision du juge doit toujours être réputée l'expression de la vérité.

3° Enfin, et en dernier lieu, nous croyons que l'on peut affirmer également que l'acte administratif créant une situation juridique nouvelle est un *acte attributif de droit*, alors que l'acte juridictionnel, étant simplement la constatation d'une situation juridique nouvelle, se ramène en définitive à une simple *décision déclarative de droit*.

En résumé, on voit que la distinction de l'acte administratif et de l'acte juridictionnel coïncide pour nous avec la distinction des actes nécessaires et volontaires (ou discrétionnaires), avec la distinction des actes revêtus ou non de l'autorité de la chose jugée, enfin avec la distinction des actes attributifs et déclaratifs de droit.

Cette dernière remarque facilitera notre travail. Nous

n'aurons pas en effet, comme l'a fait M. Japiot (1), à nous demander successivement comment toutes ces distinctions s'appliquent à la différenciation de la juridiction gracieuse et contentieuse. Puisque pour nous toutes ces différences secondaires ne sont que des conséquences de la distinction plus générale de l'acte administratif et de l'acte juridictionnel, il nous suffira de rechercher dans quelle mesure la distinction du contentieux et du gracieux coïncide avec celle de la juridiction et de l'administration? Et ce sera là l'objet de notre second paragraphe.

§ 2. — Dans quelle mesure la distinction des actes contentieux et gracieux coïncide-t-elle avec celle des actes administratifs et juridictionnels ?

Nous venons d'établir jusqu'ici une double distinction :

1° Une distinction des actes contentieux et gracieux au point de vue formel, d'après l'absence ou la présence de contradicteur.

2° Une distinction des actes administratifs et juridic-

(1) M. Japiot, dans son article de la *Revue trimestrielle* (déjà cité), semble en effet reconnaître l'existence d'une triple distinction possible de l'acte gracieux et contentieux. Les actes gracieux et les actes contentieux étant respectivement soit : 1° des actes administratifs ou juridictionnels, soit 2° des actes constitutifs ou déclaratifs de droit, soit 3° des actes discrétionnaires ou nécessaires. En réalité, pour nous, ces trois distinctions se fondent en une seule, qui est précisément celle de l'acte administratif et juridictionnel

tionnels au point de vue de leur nature intrinsèque.

Or, nous allons ici montrer que ces deux distinctions ne coïncident pas absolument, qu'il n'est pas exact d'affirmer, en thèse générale, que tout acte contentieux soit un acte juridictionnel, et que, réciproquement, tout acte gracieux soit un acte administratif.

A. — Il est aisé tout d'abord de se rendre compte que les actes contentieux ne sont pas toujours des actes juridictionnels. Si le plus souvent le juge qui tranche un litige entre les particuliers se borne à constater une situation juridique antérieure, il arrive aussi qu'il crée un état de droit nouveau. Et ceci a lieu par exemple en ce qui concerne les jugements constitutifs d'état : jugements qui prononcent soit un divorce ou une séparation de corps, soit une interdiction. Ces jugements sont bien contentieux en ce sens qu'ils interviennent normalement à la suite d'un débat entre parties adverses ; pourtant ce ne sont pas des actes juridictionnels. Ce sont des actes d'autorité ou des actes administratifs que les magistrats accomplissent en vertu d'un pouvoir spécial analogue — dit-on (1) — à l'*imperium* des Romains.

B. — En sens inverse, nous allons montrer que tous les actes gracieux ne sont pas tous des actes administratifs, et pour cela nous allons reprendre successive-

(1) *Sic* : Planiol, *Manuel*, t. I, p. 167, texte et note 2, où l'auteur fait un rapprochement avec les actes gracieux.

ment les trois grandes catégories d'actes gracieux que nous avons déjà précédemment indiquées (1).

1er Cas. — Ce sont les hypothèses où le juge statue soit pour organiser la bonne administration de la justice, soit pour déléguer à certaines personnes, à certains officiers ministériels en particulier, la mission de faire un ou plusieurs actes judiciaires déterminés.

De toute évidence, dans ce cas, le juge agit comme un administrateur qui tracerait au préalable les règles à suivre dans la marche d'un service public ou qui désignerait certaines personnes pour collaborer soit directement, soit indirectement, à la marche de ce service public. Sans aucun doute les actes gracieux rendus dans ces conditions par les magistrats de l'ordre judiciaire sont de tout point semblables à ceux que ferait un administrateur dans la gestion d'un service public, et ils constituent ainsi des actes administratifs.

2e Cas. — Ce sont toutes les situations dans lesquelles le juge intervient pour accorder une autorisation ou une homologation : autorisation soit de procéder à un acte juridique, soit de faire un acte de procédure, soit même de se mettre en possession d'un bien.

Ici encore, croyons-nous, l'acte gracieux a le caractère d'un acte administratif, car le juge ne se borne pas

(1) Pour bien suivre en cette matière la marche de nos développements, se reporter plus haut à la classification que nous avons présentée des actes gracieux au point de vue pratique (tit. I, chap. II, sect. II).

à constater l'existence d'un droit antérieur, il intervient en fait pour en permettre la création ou pour en assurer l'exercice.

A. — Tout d'abord, on sait que certains incapables ne peuvent valablement faire certaines aliénations (vente, constitution d'hypothèque) ou certains actes graves (comme la transaction) qu'avec l'autorisation du juge. L'autorisation du juge apparaît alors comme un élément nécessaire pour donner à l'acte juridique sa complète efficacité. Sans doute, on ne saurait soutenir que lorsqu'une vente, faite par un mineur, a été approuvée par la chambre du conseil, ce soit le juge qui crée les effets de droit résultant du contrat. Ces effets procèdent certainement de la volonté des parties qui est la raison d'être de la vente elle-même. Pourtant, il n'en est pas moins vrai que cette volonté est inopérante sans l'intervention du juge ; son autorisation seule permet en effet à l'incapable de s'obliger valablement.

Nous sommes donc autorisé à dire que si dans ce cas le juge ne crée pas à proprement parler le rapport juridique, il intervient pourtant pour en permettre la formation ; il participe dans une certaine mesure à la création d'un droit nouveau. C'est donc en ce sens que l'on peut soutenir que sa décision gracieuse a le caractère d'un acte administratif.

B. — Le juge ne crée pas non plus un droit nouveau quand il autorise une personne à saisir conservatoirement, à assigner à bref délai, à se mettre en possession

d'un bien. Il ne fait en définitive que sanctionner le droit d'agir en justice, ou le droit de propriété du requérant. Pourtant il serait inexact de prétendre que, dans ces cas, la mission du juge se borne purement et simplement à la constatation du droit antérieur.

En fait, le juge ajoute quelque chose au droit lui-même ; il renforce ce droit en facilitant l'exercice de l'action en justice qui en est la sanction ; il en assure l'efficacité pratique par l'autorisation qu'il accorde au titulaire de se mettre en possession ou de saisir conservatoirement.

Or, il semble que l'on doit décider que le juge qui complète et renforce l'existence d'un droit antérieur, par des mesures de nature à en assurer une plus parfaite exécution ou une plus complète conservation, ne fait pas simplement un acte juridictionnel, mais qu'il agit encore à la façon d'un véritable administrateur.

Donc, dans ce cas, l'acte gracieux du juge aura le caractère d'une décision administrative en ce sens qu'il ne sera pas simplement déclaratif de droit, mais parce qu'il sera, du moins en entendant cette expression dans un sens très large, attributif de droit (1). L'acte gracieux sera, dans ces situations comme les autres actes administratifs, un acte volontaire. Le juge, en conséquence, ne sera pas obligé de se livrer à la recherche de la vérité légale et d'aboutir à une seule solution qui

(1) Il serait plus exact même de dire, si cette expression était usitée : *extensif de droit.*

sera présumée la solution vraie. Il pourra, selon les circonstances, prendre une solution ou l'autre, accorder ou refuser l'autorisation (1). Mais, pas plus que l'acte administratif, l'acte gracieux ne sera alors un acte discrétionnaire. Le juge, en effet, pas plus que l'administrateur, n'est libre d'accorder ou non l'autorisation d'après son bon plaisir. Comme ce dernier, il ne doit statuer qu'en connaissance de cause, en s'inspirant dans chaque situation du but à atteindre, de l'opportunité ou de la non-opportunité de la demande qui lui est soumise.

3e Cas. — Nous envisagerons sous cette troisième rubrique toutes les hypothèses où le juge intervient pour recevoir et constater un acte juridique ou pour

(1) Un exemple (que nous empruntons au cours de M. Jèze) fera encore mieux saisir l'analogie frappante qui existe entre les actes administratifs et les actes gracieux. Comparons par exemple le sous-préfet (ou préfet) qui accorde ou refuse un *permis de chasse*, et le juge qui accorde ou refuse à un mineur le droit d'aliéner un immeuble. Les deux situations sont presque identiques. En effet, le juge comme l'administrateur n'est pas tenu de prendre une décision nécessaire ; ils peuvent, selon les circonstances (moralité du chasseur ou fortune du mineur), accorder ou refuser l'autorisation. Et du reste si ces circonstances changent, rien ne les empêchera de prendre par la suite une solution différente, de refuser le permis de chasser et l'autorisation d'aliéner, après les avoir primitivement accordés. En effet, l'article 6 de la loi du 3 mai 1844 laisse aux préfets un pouvoir d'appréciation en leur permettant de refuser le permis de chasse à des individus qui ne présentent pas une moralité suffisante. Par contre, dans les articles 7 et 8, la loi limite les pouvoirs des préfets en leur faisant défense de délivrer le permis aux catégories d'individus visés par elle.

constater un fait matériel de nature à produire des effets de droit.

Jusqu'ici on pouvait soutenir que les actes envisagés avaient le caractère d'actes administratifs, puisqu'en définitive le juge y était investi de la mission d'organiser et de fortifier un droit antérieur ; au contraire, dans les espèces que nous allons maintenant indiquer, le juge bornant ses pouvoirs à la simple constatation d'une situation antérieure de droit ou de fait, nous rentrerons par là même dans le domaine proprement juridictionnel.

C'est qu'en effet nous croyons que l'acte juridictionnel (ou constatation d'un droit antérieur) peut intervenir de deux manières, soit à la suite d'un débat entre parties adverses : l'acte juridictionnel étant alors contentieux, soit en dehors de toute contestation : l'acte étant alors simplement gracieux. Sans doute, dans la seconde hypothèse, le rôle du juge est simplifié, puisque sa mission se borne à constater une situation juridique ou de fait qui n'est pas contestée. Mais nous croyons que cette observation, si elle a son importance au point de vue pratique, n'a en théorie aucun intérêt. Dans tous les cas la nature de l'acte nous paraît être la même. La décision gracieuse est alors, au même titre que le jugement contentieux, un acte juridictionnel.

En appliquant notre système général aux différents actes que nous avons classés sous ce titre, nous allons avoir à établir toute une gradation d'actes gracieux qui

iront depuis l'acte administratif proprement dit, jusqu'à l'acte juridictionnel le plus caractérisé.

1° Tout d'abord, ce sont les cas de l'émancipation, de l'adoption, où le juge intervient simplement comme un témoin légal pour constater l'accomplissement d'un acte juridique et lui donner la force authentique.

Ici on est sur la frontière de l'acte administratif et de l'acte juridictionnel. En effet, on peut soutenir dans un premier sens que l'intervention même passive du juge étant un élément de forme de l'acte, le juge participe ainsi à la création de l'acte juridique. Mais inversement on peut prétendre que le juge, jouant alors un rôle purement passif, se borne en définitive à constater la régularité de l'acte sans intervenir lui-même dans sa création. C'est à cette seconde opinion que vont nos préférences personnelles ; pourtant, nous le reconnaissons bien volontiers, le partage est ici difficile, car nous sommes précisément sur la frontière du pouvoir juridictionnel et du pouvoir administratif.

2° Avec les *jugements d'expédient* (1), le rôle du juge

(1) Voir : Thèse Celors, *Jugements d'expédient*, Paris, 1901. — La même idée de *Contrat judiciaire* et les mêmes difficultés pour déterminer les voies de recours dont il sera susceptible se retrouvent lorsqu'il s'agit de préciser le caractère juridique de la procédure de vérification et d'admission des créances au cas de faillite. Il est certain tout d'abord que le procès-verbal d'admission des créances dressé par le juge commissaire est un acte de juridiction gracieuse qui n'a pas l'autorité de la chose jugée. De plus ce procès-verbal étant un simple acte de constatation ne sera le plus souvent susceptible d'aucun recours. Quant à l'admission elle-même, les créanciers

devient moins passif. Pourtant ce rôle du juge apparaît difficile à déterminer d'une façon exacte. On sait, en effet, que deux grandes conceptions divisent aujourd'hui encore la doctrine et même la jurisprudence.

Pour les uns le jugement d'expédient n'est pas autre chose qu'un contrat judiciaire. C'est un contrat intervenu entre les pseudo-plaideurs et constaté par le juge. Dans ce système le rôle du juge est, comme au cas précédent, absolument passif. Le juge qui constate un jugement d'accord, n'a pas des pouvoirs sensiblement plus étendus que le juge qui reçoit un acte d'adoption ou d'émancipation.

Au contraire, dans une seconde opinion, on prétend que le jugement d'accord est un véritable jugement analogue (sinon en la forme, au moins au fond) à un véritable jugement contentieux. C'est ce second système qui est certainement le plus exact. En effet, nous croyons que dans le jugement d'expédient il y a en réalité deux phases : dans une première phase les parties font entre elles un véritable contrat, puis ensuite elles soumettent ce contrat à l'homologation du juge. La mission de ce dernier ne se borne donc pas simplement, selon nous, à la constatation du contrat avec force

ne pourront plus la contester dans la suite, car il se forme alors, dit la jurisprudence, un véritable contrat entre le créancier admis et la masse, et l'effet de ce contrat est d'empêcher toute contestation ultérieure de la créance. Cass. civ., 6 mars 1905, D. P. 1908.1.511. Ce contrat ne se forme pourtant pas si l'admission n'a eu lieu qu'avec réserve. Cass. civ., 28 février 1911, D. 1913.5.33,

authentique, le juge, de plus, nous paraît homologuer le contrat. Il doit donc, avant d'accorder cette homologation, rechercher s'il est bien compétent et si l'acte qu'on lui soumet n'est pas contraire aux principes généraux du droit et de l'équité (1).

3° *Les jugements d'exequatur* (2) nous mettent également en présence d'une controverse traditionnelle. Quels sont exactement, en effet, les pouvoirs du juge saisi d'une demande en exequatur ? A-t-il le droit, comme l'admet généralement notre jurisprudence (3), de reviser au fond la sentence du juge étranger, ou au contraire ces pouvoirs se bornent-ils à donner à l'acte la force exécutoire qui lui manque ? Dans ce second système, le

(1) Il est vrai que cette théorie de l'homologation nous ramène un peu à la théorie de l'acte gracieux administratif. Nous le reconnaissons bien volontiers. Mais il nous semble que, dans ces situations, on est tout à fait à la frontière de l'acte juridictionnel et de l'acte administratif et que, par suite, il est bien difficile de faire le partage entre les deux conceptions en présence.

(2) Voir sur ce sujet : Surville et Arthuys, *Manuel de droit int. privé*, jurisprudence citée dans la note 2, p. 575.

Voir en particulier : Paris, 24 novembre 1889, *J. Clunet*, 1889, p. 831 ; Caen, 21 mars 1892, *J. Clunet*, 1892, p. 977.

(3) Nous envisageons ici spécialement la question de l'exequatur des jugements étrangers, puisque c'est en fait la plus importante, mais il convient également d'observer que la question se pose dans les mêmes termes en ce qui concerne « l'exequatur » des sentences arbitrales puisqu'à leur égard, on se demande quels sont les pouvoirs exacts du juge.

Ici, on admet plus facilement que le juge n'a pas le droit de réviser quant au fond la sentence arbitrale, qu'il doit simplement s'assurer si l'arbitre avait bien reçu compétence des parties, et si en remplissant sa mission il n'a pas violé les règles du droit positif. — *Sic* : Garsonnet, *Traité de procédure*, t. VIII, n° 3077, p. 497.

juge n'aurait plus le pouvoir de reviser, quant au fond, la sentence du juge étranger, mais simplement de s'assurer si cette décision a été bien rendue par un juge compétent, et si elle ne contredit pas les règles fondamentales de l'ordre public français. Selon que l'on adoptera l'une ou l'autre thèse, on pourra soutenir que le jugement d'exequatur a un caractère contentieux ou gracieux. Il sera contentieux, si on y voit le recommencement du procès primitif qui s'engage devant les juges français comme il s'était déjà débattu devant le juge étranger. Il sera, au contraire, gracieux si la mission du juge se borne à donner à la décision étrangère la force exécutoire. Mais dans tous les cas l'acte d'exequatur sera un acte juridictionnel, puisque le juge, avant d'accorder au jugement la force exécutoire, devra se livrer à des constatations et à des recherches sur la compétence du juge étranger et sur la régularité de l'acte visé.

Sans insister plus longuement sur cette controverse, il convient pourtant de noter que la doctrine française s'oriente de plus en plus vers le second système, qu'elle soutient que l'on ne doit pas confondre l'autorité de la chose jugée, qui appartient de plein droit aux jugements étrangers, avec la force exécutoire qui seule leur fait défaut (1). La souveraineté des Etats ne

(1) Voir en ce sens : Weiss, *Traité de droit int. privé*, t. V, p. 543 et suiv. — Le système qui restreint ainsi les pouvoirs du juge à une simple constatation de compétence et de régularité de l'acte visé est celui qui a été adopté par les conventions internationales : 1° traité franco-suisse du 15 juin 1869 ; 2° traité franco-sarde ; 3° traité

s'oppose nullement en effet à ce que l'on tienne pour exacts dans un Etat les jugements rendus dans un Etat étranger ; tout au plus exige-t-elle que l'on demande au juge national de munir ce jugement de la force exécutoire.

C'est donc dans le sens du jugement d'exequatur, acte gracieux, que la doctrine — sinon la pratique — tend à se fixer. Mais ce caractère gracieux de l'acte nous semble parfaitement conciliable avec sa nature d'acte juridictionnel.

4° Les jugements gracieux par lesquels le juge constate un fait de nature à produire des effets de droit, tel que la disparition d'une personne, au cas d'absence, ou l'état de cessation des paiements dans l'hypothèse de la faillite, nous semblent rentrer également sans aucune difficulté dans le cadre des actes juridictionnels. Il en sera de même des cas où le juge constate, à la suite d'une instance gracieuse, des modifications à l'état des personnes, comme par exemple un changement de nom.

5° Enfin le même caractère juridictionnel nous semble entièrement convenir aux ordonnances de clôture des procédures d'ordre et de contribution, qui bien qu'étant gracieuses en la forme, sont certainement de véritables décisions juridictionnelles, puisque le magistrat, après des recherches souvent délicates, y constate les droits des créanciers hypothécaires ou

franco-badois du 16 avril 1846 ; 4° traité franco-belge du 8 juillet 1899 ; 5° convention de la Haye sur la procédure du 17 juillet 1905.

chirographaires et détermine la somme qui doit revenir à chacun d'après la qualité, la date et le rang de sa créance.

En résumé, on voit qu'à des degrés divers, tous les actes gracieux classés dans cette troisième catégorie ont bien le caractère d'actes juridictionnels, puisqu'ils supposent tous de la part du juge la constatation d'un état de droit ou d'une situation de fait antérieure.

Mais ce caractère d'acte juridictionnel n'appartient pas, au contraire, aux actes des deux premiers groupes, qui se présentent à nous avec un caractère administratif des plus marqués. C'est pourquoi il est facile de conclure en disant que les actes gracieux ou non contradictoires n'ont pas tous la même nature, que le juge qui les rend agit tantôt comme un fonctionnaire de l'ordre administratif, tantôt comme un magistrat de l'ordre judiciaire Ce qui nous prouve bien que ce n'est guère qu'au point de vue formel que l'on peut se faire une idée exacte de la juridiction gracieuse, puisque dans le fond les décisions gracieuses sont loin d'avoir toutes la même nature juridique.

Jusqu'ici nous nous sommes spécialement occupé des actes gracieux faits par le juge, mais notre conception large de la juridiction gracieuse et du pouvoir juridictionnel nous conduit à nous demander si les *notaires* eux-mêmes n'exercent pas également à côté du juge certains pouvoirs de juridiction gracieuse ? En effet, le notaire, comme le juge, constate, en leur

donnant la force authentique, les actes passés par les particuliers.

La question n'est pas nouvelle. Notre ancien droit concevait parfaitement les notaires comme pouvant exercer des pouvoirs de juridiction gracieuse. Le droit allemand a aujourd'hui repris cette ancienne tradition, puisque dans sa loi de 1898 sur la juridiction gracieuse, il envisage sous un seul et même chef les fonctions du juge et les fonctions des notaires (1).

Pourtant le problème n'en reste pas moins des plus délicats. Les notaires sont certainement des officiers publics (art. 1er, loi de ventôse an XI). Ils sont également des auxiliaires de la justice, puisqu'ils exercent leur ministère près d'une juridiction déterminée et que leur compétence est limitée au ressort de cette seule juridiction.

Mais peut-on soutenir pour cela que le notaire qui reçoit un acte passé par les particuliers fait acte juridictionnel ? De prime abord, il semble qu'un tel système soit en contradiction avec les idées les plus généralement reçues, puisqu'il ne tendrait à rien moins qu'à confondre la preuve du droit avec le droit lui-même. Il semble, en effet, qu'entre le juge qui constate le droit lui-même, et le notaire qui n'en constate que la preuve, il y a un abîme considérable que rien ne peut combler. Pourtant, à y bien réfléchir, la distinction apparaît

(1) Sur ce point : voir plus haut notre étude de l'ancien droit et du droit étranger.

comme beaucoup moins simple qu'elle n'en a l'air. Il est des cas où les pouvoirs du juge et ceux du notaire se rapprochent considérablement soit dans un sens, soit dans l'autre.

1° Tout d'abord, parfois le juge intervient en matière gracieuse, non pas tant pour constater le droit lui-même que pour en assurer la preuve d'une façon authentique. Il est bien difficile de faire une différence entre les pouvoirs d'un notaire qui reçoit un acte déterminé et ceux d'un juge de paix qui constate une déclaration d'adoption ou d'émancipation.

2° A l'inverse, il est des cas où l'acte notarié est exigé à peine de nullité, où l'acte n'est pas valable s'il n'a pas été revêtu de la forme authentique. Tel est le cas du contrat de mariage, de la donation, de la constitution d'hypothèque.

Ne peut-on pas soutenir, dans ce cas, que l'intervention du notaire a pour objet de constater et même de créer le droit lui-même, puisque la formation du droit apparaît alors comme inséparable de l'emploi de la forme notariée ?

C'est pourquoi nous croyons que, au moins dans les cas où leur intervention est nécessaire, les attributions des notaires rentrent bien dans la juridiction gracieuse, et que ce n'est donc pas à tort que notre ancien droit et que le droit allemand moderne réunissent ces pouvoirs sous le nom de juridiction volontaire (1).

(1) Voir en ce sens : Baudin, thèse citée, p. 117 ; Planiol, t. II,

Du reste, on pourrait aller même plus loin encore dans cette voie et se demander si l'officier de l'état civil — fonctionnaire de l'ordre administratif — n'exerce pas des pouvoirs de juridiction gracieuse, lorsqu'il reçoit des déclarations relatives à l'état des personnes, surtout lorsqu'il marie les futurs conjoints et procède à la célébration de leur union. Ce n'est là qu'un problème que nous posons, simplement pour donner au lecteur l'impression de la complexité de la juridiction gracieuse. Cette juridiction, qui se compose à la fois d'actes administratifs et d'actes juridictionnels, n'appartient peut-être pas tout entière aux seules autorités judiciaires, et il est fort possible que cette juridiction gracieuse soit exercée également par des fonctionnaires de l'ordre administratif (1).

n° 134 : « On peut dire que par la façon dont il a pris naissance, le notariat n'est qu'un rameau du pouvoir judiciaire qui s'est détaché pour exercer, par une sorte de délégation partielle, une application des plus importantes de la juridiction gracieuse. »

(1) Nous avons déjà indiqué plus haut que dans le droit suisse la juridiction gracieuse pouvait être exercée par des autorités administratives. V. p. 91.

CHAPITRE II

DE L'AUTORITÉ DES DÉCISIONS JUDICIAIRES EN MATIÈRE GRACIEUSE.

SECTION I. — Autorité de ces décisions au point de vue du droit interne. — Autorité de la chose jugée. — Voies de recours.

La distinction que nous avons faite dans le chapitre précédent entre l'acte gracieux à caractère administratif et l'acte gracieux à caractère juridictionnel nous conduit tout naturellement à étudier, dans deux paragraphes différents, les voies de recours qui seront possibles contre ces deux catégories d'actes. Lorsque nous serons en présence d'un acte gracieux administratif, il nous paraîtra logique d'appliquer à la construction des voies de recours les principes dominants de la procédure administrative. Nous réserverons au contraire l'application des règles de la pure procédure civile aux actes gracieux de caractère juridictionnel.

§ 1. — Voies de recours contre l'acte gracieux à caractère administratif.

Partant de cette idée, que l'acte gracieux est sinon toujours, du moins le plus souvent un acte à caractère

administratif, certains auteurs (comme M. Glasson) en sont arrivés à nier contre lui la possibilité de voies de recours. M. Glasson en particulier a développé cette opinion avec beaucoup de force. Pour lui, l'acte gracieux est un acte d'autorité, un acte discrétionnaire du juge qui échappe à tout contrôle. Le magistrat, dit-il encore en cette matière, commande et ne juge pas (1). Or, si l'on conçoit que l'on puisse faire réformer par la voie de l'appel ou de l'opposition un jugement qui a été mal rendu, il est impossible d'accorder aux justiciables le droit de protester contre les ordres qui leur sont donnés par le juge lui-même. En face d'un ordre du juge, les plaideurs n'ont qu'un seul parti à prendre, c'est de se soumettre et d'obéir.

Cette argumentation est de prime abord impressionnante ; pourtant elle est loin d'être décisive. Tout d'abord, il nous faut souligner de nouveau la confusion faite par cet auteur entre les actes volontaires du juge et les actes discrétionnaires. Il nous apparaît, et nous l'avons déjà montré, que si l'acte administratif est un acte volontaire, puisqu'il implique de la part de l'administrateur le choix entre deux solutions déterminées, il n'est pas un acte discrétionnaire, le fonctionnaire devant toujours statuer au mieux des intérêts de la fonction publique. De même, le juge saisi d'une demande gracieuse, d'une demande d'autorisation d'hypothéquer

(1) Voir notes Glasson, D. 96.1.5 ; D. 92.2.49.

un immeuble dotal par exemple, doit se poser successivement deux questions : 1° Suis-je compétent aux termes du Code civil pour accorder une pareille autorisation ? 2° En supposant que je sois compétent, est-il opportun pour la femme de procéder à une pareille autorisation ? Dois-je en conséquence l'y autoriser (1) ?

Le juge saisi d'une demande gracieuse doit donc, tout comme un administrateur, demeurer dans la légalité et statuer d'après l'opportunité plus ou moins grande de la décision qu'on sollicite de lui.

Si donc il sort de la légalité, ou s'il rend une décision inopportune, on conçoit rationnellement qu'un recours doit être ouvert aux justiciables. Et pour écarter ce recours, il ne suffit pas de soutenir que l'acte gracieux est un acte administratif. Cet argument aurait pu être bon au début du siècle dernier, alors que les administrés étaient sans recours contre les décisions arbitraires des administrateurs. Mais aujourd'hui il n'en est plus de même : le Conseil d'Etat étendant tous les jours les garanties qui sont accordées aux administrés contre les actes illégaux de l'administration. Refuser d'admettre des voies de recours contre l'acte gracieux sous prétexte que c'est un acte administratif, c'est méconnaître la merveilleuse évolution du droit administratif actuel, qui a pour but d'assurer aux administrés des garanties sans cesse plus perfectionnées ; c'est vouloir traiter les

(1) Cour de Paris, 3 janvier 1912, note Japiot déjà citée, dans *Revue trim. droit civil.*

justiciables qui relèvent du pouvoir judiciaire plus mal que les administrés qui dépendent de l'autorité administrative (1).

La nature administrative de l'acte gracieux n'est donc pas exclusive de toute voie de recours ; seulement ce sera surtout des principes du contentieux administratif dont il faudra se pénétrer pour en élaborer la construction. Or, actuellement on admet contre l'acte administratif trois sortes de recours :

1° L'acte peut être attaqué tout d'abord par la voie de la rétractation ou du recours gracieux. Ce recours consiste à porter à nouveau la demande devant le fonctionnaire qui a rendu l'acte, en le priant de revenir sur sa première décision, qu'il a pu rendre dans l'ignorance véritable des faits de la cause (2).

2° La voie de la réformation, ou la voie du recours hiérarchique, est celle qui permet aux administrés de faire réformer les décisions rendues par un fonctionnaire de l'ordre administratif, en s'adressant à son supérieur hiérarchique.

3° Enfin la voie de l'annulation permet d'attaquer devant les tribunaux administratifs, en particulier devant le Conseil d'Etat, par la voie du recours pour excès de pouvoir, les décisions illégales ou irrégulièrement prises par l'autorité administrative.

(1) Idée générale du cours de M. Rolland, Nancy, 1908 ; *Droit administratif* (Introduction).

(2) Sur les recours hiérarchique et gracieux, Voir Hauriou, *Manuel de droit administratif*, p. 424 et 425.

Du moment que l'acte gracieux est dans ce cas un véritable acte administratif, il paraît logique d'admettre qu'il sera susceptible des mêmes voies de recours, ou plus exactement de voies de recours analogues adaptées naturellement aux règles d'organisation judiciaire et aux règles de forme qui dominent toute notre procédure civile.

Donc une décision gracieuse nous semble susceptible d'un triple recours. Tout d'abord on peut agir par la voie de *la rétractation* en demandant au magistrat de rendre une décision contraire de celle qu'il avait prise originairement ; ensuite on peut s'adresser au supérieur hiérarchique de ce magistrat pour le prier de *réformer* la décision prise par son subordonné ; enfin on peut solliciter des tribunaux ordinaires *l'annulation* d'une décision qui ne serait pas conforme à la légalité (1). Reprenons successivement ces trois moyens de recours.

1° *Voie de la rétractation.*

L'acte gracieux, avons nous déjà dit, n'a pas l'autorité de la chose jugée. C'est qu'en effet le juge, saisi d'une demande de cette nature, ayant comme un administrateur le choix entre deux solutions, peut accorder ou refuser l'autorisation qu'on lui demande selon que cette autorisation lui paraît ou non opportune. Seulement il

(1) Voir dans le sens du rapprochement des voies de recours possibles contre l'acte gracieux avec les voies de recours dirigées contre l'acte administratif, Planiol, note, D. 1906.1.337.

arrivera que, postérieurement à la décision rendue, les conditions et les éléments de la cause ayant changé. la décision primitive ne sera plus en harmonie avec les faits nouveaux. Le juge peut alors revenir sur sa décision première, et prendre une décision nouvelle différente. Par exemple, un mineur a sollicité du tribunal l'homologation d'une vente d'immeuble, le tribunal lui a refusé cette autorisation parce qu'il a jugé qu'étant donné l'état de fortune du mineur cette autorisation était inutile ; mais postérieurement il peut arriver que la fortune du requérant vienne à être sérieusement compromise,il est alors logique de lui permettre de nouveau de solliciter de la chambre du conseil l'autorisation d'aliéner qui lui avait été primitivement refusée.Le magistrat ne rend pas en matière gracieuse, comme en matière contentieuse, des jugements définitifs (1). C'est qu'en effet les décisions contentieuses ont une force de vérité absolument indépendante des conditions du moment, tandis que les jugements gracieux n'ont qu'une vérité

(1) C'est pourquoi en ce sens on peut comparer, comme le fait Japiot, les jugements gracieux aux jugements d'avant dire droit qui n'ont, eux aussi, qu'une autorité provisoire. Japiot, note citée, p. 781. — Naturellement la comparaison n'est exacte qu'en ce qui concerne les jugements *préparatoires ou provisoires* qui présentent certainement une grande analogie avec les jugements gracieux, bien qu'en la forme, ils soient le plus souvent contentieux.

Par contre, le jugement *interlocutoire*, qui préjuge le fond, qui est en principe définitif et irrévocable, malgré la vieille règle que l'interlocutoire ne lie pas le juge, est beaucoup plus voisin du jugement contentieux. Comme lui il est définitif ; comme lui il possède l'autorité de la chose jugée. — *Sic* : Garsonnet, *Manuel de procédure*, p. 476, § 655.

toute relative et limitée au seul instant où la décision a été rendue. Le juge a donc le droit et même le devoir d'adapter perpétuellement sa décision aux conditions et aux besoins de la situation présente. C'est ce qu'il fera en rétractant sa décision primitive pour lui en substituer une nouvelle.

Comment désigner cette voie de recours ? — Il semblerait que le terme de recours gracieux conviendrait parfaitement à la situation. Pourtant il n'a jamais été adopté par personne, et on désigne généralement cette première voie de recours sous le nom *d'opposition*. Cette appellation est commode ; elle a de plus l'avantage de faire rentrer cette voie de recours dans le cadre habituel des règles de la procédure civile. Pourtant il ne faut pas s'y tromper, la rétractation d'une décision gracieuse présente avec l'opposition contre les décisions contentieuses d'assez faibles ressemblances, mais par contre de sérieuses différences. La seule ressemblance résulte de ce fait que, comme l'opposition, cette voie de recours est portée devant le magistrat qui a rendu la décision primitive, en le priant de prendre une décision nouvelle. Mais là s'arrête l'analogie. C'est qu'en effet l'opposition suppose que le défendeur qui est resté en dehors du débat, saisit à nouveau le tribunal pour lui exposer ses prétentions dont ce dernier n'a pas eu une complète connaissance. Au contraire, en matière gracieuse, les parties ont bien figuré à l'instance primitive, ce qui n'empêche pourtant qu'elles retournent à

nouveau devant le juge pour lui soumettre la même demande. L'opposition est admise, en matière contentieuse, parce que primitivement le juge est censé avoir mal jugé. Tandis qu'en matière gracieuse, il n'en est pas forcément de même, la première sentence pouvait être parfaitement exacte au moment où elle a été rendue, mais ultérieurement être devenue fausse.

Ce n'est donc que sous le bénéfice de ces observations que nous désignerons cette voie de recours du nom d'opposition.

A qui est ouverte cette voie de recours ? — Naturellement et sans aucun doute aux parties elles-mêmes qui peuvent revenir devant le tribunal pour lui demander de rétracter sa décision primitive.

Mais est-elle également ouverte aux tiers ? On l'a contesté à propos d'un refus d'homologation d'une décision de la chambre du conseil autorisant un mineur à transiger. On a refusé dans ce cas aux tiers contractants le droit de former tierce-opposition contre une pareille décision (1). Il ne faudrait pourtant pas prendre ce système trop à la lettre. C'est qu'en effet l'annotateur de l'arrêt admet lui-même que le tiers, dans ce cas, a le droit de demander au tribunal de rétracter sa décision, mais il ne lui permet pas de faire tierce-opposition. Il s'agit donc surtout là d'une question de terminologie. Or, nous ne voyons pas pourquoi on ne désignerait pas

(1) Note Tissier, S. 91.2.37, sous Bordeaux, 22 février 1888.

sous le nom de tierce-opposition ce droit que les tiers possèdent de s'adresser au tribunal pour lui demander la rétractation de la décision par lui rendue.

Nous admettrons donc que les tiers peuvent agir par la voie de la tierce-opposition pour obtenir du tribunal la rétractation de la décision originaire. Mais pour cela ces tiers devront justifier d'un intérêt sérieux. Cet intérêt pourra être un intérêt pécuniaire ; on prendra ainsi en considération l'intérêt pécuniaire du co-contractant, dont le juge aura refusé d'homologuer la vente ou la transaction passée avec un mineur, l'intérêt de l'héritier légitime qui s'oppose à l'envoi en possession du légataire universel. L'intérêt invoqué pourra être également social et légitimera après coup l'intervention du ministère public dans les questions relatives à l'état des personnes (1).

Effets de cette voie de recours. — Il nous semble que les effets de l'opposition doivent être strictement limités. Le juge, en effet, rapporte uniquement sa décision dans l'intérêt du requérant. A l'égard des autres personnes, il semble, par suite, logique de maintenir la décision ainsi rendue. C'est donc un effet relatif et non absolu qui s'attache, selon nous, à la rétractation des jugements gracieux. En particulier, si ce sont les parties qui ont sollicité du juge la rétractation d'une décision prise originairement, cette rétractation ne saurait nuire aux tiers.

(1) *Sic* : D. 1906.1.337 (note Planiol).

La question se posait d'une façon très curieuse dans le récent arrêt de la Cour de Paris (1). Les époux n'avaient obtenu du juge l'autorisation d'hypothéquer le fonds dotal qu'en lui fournissant des renseignements inexacts.

Dans la suite, ils prétendaient faire rapporter la décision originairement prise par le juge. Sans doute, étant donnés les faits de la cause, cette rétractation s'imposait, mais cette rétractation devait-elle être opposable aux tiers ou aux créanciers hypothécaires qui prétendaient saisir l'immeuble ? Non, a répondu la Cour de Paris, la rétractation n'a d'effet qu'entre les parties et permet en ce sens à la femme d'obtenir de son mari une indemnité, mais elle est inopposable aux tiers qui conservent ainsi le droit de saisir l'immeuble dotal malgré son aliénation irrégulière. M. Japiot invoque en faveur de cette solution l'idée de « droit acquis ». Sans contester en rien la légitimité de cette idée, nous estimons que l'arrêt en question s'explique encore beaucoup plus simplement si l'on admet que la rétractation d'une décision gracieuse n'a qu'un effet simplement relatif et limité aux seules parties requérantes.

Devant qui cette voie de recours doit-elle être portée ? — Naturellement l'opposition doit être portée devant le magistrat qui primitivement a rendu la décision attaquée. Le tribunal saisi d'une instance principale n'a

(1) Paris, 6 janvier 1912, note Japiot, dans *Revue trimestrielle* déjà citée.

donc pas, croyons-nous, le pouvoir de rapporter cette décision. Tout au plus peut-il l'annuler pour un des motifs que nous aurons à envisager plus loin. Pourtant ce n'est pas le système qui a été admis par l'arrêt de la Cour de Paris ; la Cour a elle-même prononcé la rétractation de la décision primitive confondant ainsi très inexactement la voie de l'opposition avec celle de l'annulation (1).

2° *Voie de la réformation.*

Un individu qui se prétend lésé par la décision prise par le magistrat statuant en première instance, s'adresse au supérieur hiérarchique de ce magistrat et le prie de bien vouloir lui accorder l'autorisation qui lui a été refusée par ce dernier. C'est exactement l'hypothèse du recours hiérarchique, et c'est certes le nom qui conviendrait le mieux pour désigner cette sorte de recours. Pourtant, ici encore, il nous faudra sacrifier à la terminologie courante, et adopter pour qualifier ce recours le nom d'*appel*. Toutefois, et comme précédemment, nous mettrons le lecteur en garde contre une confusion en lui signalant les dangers d'une assimilation trop complète avec l'appel en matière contentieuse.

L'appel en matière contentieuse a pour but de faire

(1) C'est devant la chambre du conseil, croyons-nous, que la femme devait porter sa demande en rétractation, puisque c'était la chambre du conseil qui l'avait primitivement autorisée à hypothéquer le fonds dotal. — *Sic* : Japiot, *loc. cit.*, p. 814.

reviser un jugement par une juridiction supérieure composée de magistrats plus instruits et par là même présumés plus compétents. La Cour d'appel rend en fait un jugement nouveau qui se substitue entièrement à l'ancien.

Ici, il s'agit tout simplement de demander au magistrat hiérarchiquement supérieur dans l'ordre judiciaire, d'user de ses pouvoirs de commandement pour réformer la décision prise par son subordonné.

Le caractère tout spécial que nous attribuons à l'appel contre les décisions gracieuses, nous indique nettement devant quelle juridiction on devra le porter. Généralement on admet que l'appel des actes de la chambre du conseil du tribunal doit être porté devant la chambre du conseil de la Cour (1), mais on n'est plus du tout d'accord en ce qui concerne l'appel contre les ordonnances sur requête. Les uns soutiennent que l'appel doit être porté devant le tribunal auquel appartient le président lui-même, les autres admettent au contraire, et c'est l'opinion qui semble triompher en jurisprudence (2), qu'il est inadmissible de faire juger une ordonnance prise par un membre du tribunal par

(1) *Sic* : Garsonnet, *Procédure*, VIII, § 2973. — La procédure suivie est la même que devant le tribunal. Par suite elle est secrète. Pourtant la loi fait exception à cette règle dans les articles 357 du Code civil et 858 du Code de procédure en prescrivant de rendre en audience publique les arrêts en matière d'adoption et en matière de rectification d'actes de l'état civil.

(2) Voir Garsonnet, *loc. cit.*, § 2983, p. 278, n° 4. — Voir également plus haut notre étude de la jurisprudence la plus récente.

le tribunal tout entier ; en conséquence ils confient à la Cour le soin de réformer la décision attaquée. Mais les uns et les autres semblent méconnaître le caractère véritable de ce recours. Il ne faut pas confondre deux ordres de juridictions qui devraient être en fait absolument séparées, d'une part les autorités judiciaires qui ont compétence pour faire certains actes d'administration, d'autre part les tribunaux proprement dits, dont le but est de trancher les litiges entre particuliers. Par suite, lorsqu'un individu veut faire réformer une décision gracieuse, il doit saisir un magistrat du même ordre que celui qui a rendu la décision primitive.

S'il attaque une décision prise par la chambre du conseil du tribunal, il formera, par suite, valablement son recours devant la chambre du conseil de la Cour. S'il fait appel d'une ordonnance sur requête, la logique commande qu'il s'adresse, pour obtenir la réformation de l'acte incriminé, au supérieur hiérarchique du président, c'est-à-dire au premier président de la Cour lui-même. Cette dernière solution paraîtra peut-être à certains praticiens une véritable monstruosité ; pourtant elle nous semble la conséquence nécessaire de notre conception de l'acte gracieux. De plus, au point de vue pratique, elle facilite le recours aux justiciables, en diminuant la lenteur et les frais de la procédure ; elle décharge la Cour de toute une série d'affaires qui ne rentrent certainement pas dans son rôle habituel.

A qui est ouverte cette voie de recours ? — L'appel

est tout d'abord possible de la part des parties elles-mêmes, à une condition toutefois, pensons-nous, c'est que les parties aient au préalable saisi le juge de première instance d'une demande en rétractation. Cette restriction que nous apportons ainsi au droit des parties nous semble commandée par cette idée que, d'une façon générale (1), « un jugement susceptible d'opposition ne peut pas être frappé d'appel ».

Outre cette raison de procédure, nous invoquerons, pour justifier notre système, un argument rationnel. Lorsque les parties veulent faire rapporter une décision gracieuse, il est logique qu'elles s'adressent tout d'abord au fonctionnaire qui a rendu l'acte en question. Ce ne sera qu'au cas de refus de ce fonctionnaire de rapporter la décision par lui rendue que les demandeurs auront la faculté de recourir au supérieur de ce magistrat.

Ces deux raisons nous semblent commander sur ce point l'abandon de la solution administrative qui est contraire. En droit administratif, en effet, il est possible de former directement le recours hiérarchique et même le recours en annulation sans avoir besoin d'user au préalable du recours gracieux.

(1) *Sic* : Garsonnet, *Manuel de procédure civile*, § 793, p. 572. — Plus exactement l'appel n'est recevable que lorsque la voie de l'opposition n'est plus ouverte, les parties ayant laissé expirer les délais. — Mais, ici, il semble plus difficile de limiter l'opposition gracieuse dans ces mêmes délais de rigueur : celle-ci devant toujours être recevable en tout état de cause.

Mais nous croyons que cette règle est toute spéciale à la procédure administrative ; qu'elle s'explique par l'apparition successive de ces différentes voies de recours, et par leur indépendance réciproque. Au contraire, l'esprit de la procédure civile nous semble toujours avoir été de subordonner les différentes voies de recours les unes aux autres en établissant entre elles une véritable hiérarchie. Si dans un pareil sujet, il est possible de s'inspirer dans une large mesure des règles de fond du droit administratif, les règles de forme qui touchent de plus près à l'organisation judiciaire ne doivent être étendues qu'avec la plus grande réserve.

Or c'est un principe fondamental de notre organisation judiciaire, que la possibilité de l'appel suppose un jugement qui n'est plus susceptible d'opposition. Et cette règle nous paraît régir de la même manière l'opposition gracieuse et contentieuse, malgré leurs profondes différences de nature.

Les tiers peuvent-ils faire appel, ou plus exactement tierce-opposition contre une décision gracieuse ? La réponse à la question se trouve, croyons-nous, dans les principes généraux de la tierce opposition. On admet, conformément (1) à l'article 475 du Code de procédure, que la tierce opposition doit être portée devant le tribunal, si on attaque un jugement de première instance, ou devant la Cour lorsque le jugement a été confirmé

(1) *Sic* : Garsonnet, *Manuel*, p. 658, n° 930.

en appel. Or, les tiers peuvent agir par tierce opposition contre une décision gracieuse à deux moments : alors que la décision n'a pas encore fait l'objet d'un appel, ils portent alors leur demande de rétractation devant le président ou devant le tribunal (chambre du conseil) ; ou bien alors que cette décision a été frappée d'appel, ils doivent alors porter leur recours, soit devant le premier président, soit devant la chambre du conseil de la Cour. L'effet de cette tierce opposition sera le même dans les deux cas, il fera tomber, au moins à l'égard des tiers, la décision attaquée.

Naturellement, pas plus ici qu'en ce qui concerne l'opposition devant le président, l'action des tiers ne sera recevable s'ils ne justifient d'un intérêt sérieux.

Les effets de l'appel seront exactement les mêmes que ceux de l'opposition, la décision n'étant réformée que dans l'intérêt des seules parties requérantes, la sentence ne saurait avoir aucune conséquence à l'égard des tiers. La réformation ne produit donc également qu'un effet relatif et non absolu. En cela, ces résultats sont semblables à ceux de l'opposition ou voie de rétractation.

3° *Voie de l'annulation.*

Jusqu'ici nous avons vu les parties se plaindre de l'inopportunité de la décision rendue, et demander soit à l'auteur de cette décision soit à son supérieur hiérarchique, de réformer cette décision et d'en prendre une

autre qui soit plus conforme à leurs intérêts. Mais il peut se faire également qu'une décision du magistrat, opportune ou non, enfreigne la légalité. Le magistrat qui a rendu la décision visée peut être incompétent, il peut avoir commis un excès de pouvoir en statuant sur une question qu'il ne pouvait résoudre par un simple acte gracieux. C'est ainsi que, pour reprendre toujours notre exemple, dans l'espèce visée par la Cour de Paris, on pouvait se demander si le magistrat avait bien le droit d'autoriser l'hypothèque d'un immeuble dotal, si, en ce faisant, il ne sortait pas du cercle de compétence qui lui a été tracé par le Code civil et qui lui permet simplement d'autoriser l'aliénation du fonds dotal (1).

De même, on discute si le magistrat auquel la loi permet d'autoriser à assigner à bref délai peut également dispenser du préliminaire de conciliation ? Certains auteurs (2) pensent qu'en le faisant le président commet un véritable excès de pouvoir, et fait par suite un acte nul.

Dans ces hypothèses et dans un grand nombre d'autres qu'il est facile d'imaginer, on va se trouver en

(1) Voir sur cette question Japiot, *Revue trimestrielle*, p. 775 (avec références). On discute en effet sur la question de savoir si le tribunal, qui peut autoriser l'aliénation d'un immeuble dotal, peut également en permettre l'hypothèque. L'affirmative est généralement admise. — *Sic* : Le Courtois et Surville, *Contrat de mariage*, t. III, n° 1711 et notes ; Cass., 18 juillet 1906, D. 1907.1.11, qui confirme implicitement cette manière de voir.

(2) Voir en ce sens note Glasson, D. 85.2,217, et Paris, 26 juillet 1862, D. P. 63.2.112.

présence d'un acte qui sera contraire aux principes généraux du droit positif, et qui par suite doit pouvoir être annulé.

Mais par quelles juridictions ? En matière administrative, c'est le Conseil d'Etat qui est juge de la légalité des actes administratifs qui sont attaqués devant lui par la voie du recours pour excès de pouvoir. Ici, ce sera tout d'abord la Cour de cassation qui aura à se prononcer, lorsqu'elle aura été saisie d'un pourvoi contre un acte gracieux entaché de nullité. Mais non seulement cette nullité pourra être invoquée par voie principale, elle pourra de plus être opposée par voie incidente au cours d'une instance pendante devant un tribunal de droit commun. Ce tribunal (ou cette Cour), devant lequel l'acte gracieux est invoqué, peuvent également en prononcer la nullité, soit pour incompétence, soit pour excès de pouvoir. Par exemple (1), le juge a irrégulièrement autorisé une partie à former un exploit d'ajournement, dans la suite, alors que la validité de cet acte est soulevée devant la justice, celle-ci peut parfaitement en prononcer l'annulation.

A qui est ouverte cette voie de recours ? — Nous croyons qu'il faut l'ouvrir largement aux parties comme aux tiers, à seule condition de justifier d'un intérêt sérieux à obtenir l'annulation de l'acte.

Comme de plus cette voie de recours porte unique-

(1) Même espèce que note précédente, Toulouse, 28 août 1884, D. 85.2.27.

ment sur la légalité de l'acte et est indépendante par suite du fond du débat, nous croyons que les parties pourront directement s'adresser à la Cour suprême ou indirectement soulever cette question de nullité au cours d'une instance principale sans avoir épuisé les autres voies de recours.

Quant aux effets de recours, ils sont faciles à définir, l'acte est annulé *erga omnes*. L'annulation de l'acte est opposable à tous, aussi bien aux tiers qu'aux parties requérantes. En ce sens l'annulation de l'acte produit des effets plus énergiques que sa réformation. La réformation a un effet simplement relatif ; au contraire, l'annulation à une valeur absolue et est opposable à tous.

Cette distinction est bien mise en lumière dans le récent arrêt de la Cour de Paris (1). Cet arrêt distingue en effet *l'erreur de fait* du juge, qui ne peut jamais entraîner qu'une nullité (ou plus exactement, dirons-nous, une réformation) de l'acte qui ne peut préjudicier aux tiers et *l'erreur de droit*, qui vicie l'acte d'une façon absolue et est, en conséquence, opposable à tous. Et c'est parce que, dans l'espèce, elle estimait que le juge ne s'était pas trompé sur sa propre compétence, mais avait été simplement mal renseigné sur les faits de la

(1) Note Japiot, *op. cit.*, p. 803. — Il convient de faire observer à nouveau que si l'arrêt distingue bien les effets de l'erreur de fait et de l'erreur de droit, il ne semble pas se rendre compte que ces erreurs doivent donc donner lieu à des voies de recours également différentes. L'erreur de fait permettant simplement la réformation de l'acte, l'erreur de droit donnant lieu à une action en nullité.

cause, que la Cour a limité aux seules parties les effets de l'annulation de l'autorisation d'hypothéquer.

Nous venons ainsi de présenter un essai de théorie générale des voies de recours. Il nous reste à nous demander si cette construction purement rationnelle ne contredit pas les règles du droit positif et si elle s'adapte bien aux différents actes gracieux à caractère administratif.

1° Les textes en la matière sont des plus rares. Ce sont d'une part, comme nous l'avons déjà dit, les articles 357 du Code civil en matière d'adoption, et 858 du Code de procédure en matière de rectification d'actes de l'état civil qui admettent l'appel d'une décision gracieuse ; d'autre part les articles 746 du Code de procédure et la loi du 30 juin 1838 qui l'excluent formellement pour les cas par eux prévus. Certains auteurs (1) ont parfois prétendu tirer de ces textes un argument direct ou *a contrario* contre ou pour la possibilité de voies de recours. En fait, il faut mieux reconnaître que ces textes ne sont que des décisions d'espèce qui ne doivent pas être étendues, en dehors des hypothèses légales, et qu'en dehors de ces hypothèses, l'interprète retrouve le champ libre, pour présenter la construction qui lui semble la plus conforme au caractère spécial de l'acte gracieux.

(1) *Sic* : Garsonnet, *Traité de procédure*, t. VIII, § 2973-1°, p. 253, qui pense que de ces textes on peut tirer un double argument direct et *a contrario* en faveur de l'appel contre les décisions de la chambre du conseil.

2° Notre théorie s'adapte certainement sans aucune difficulté aux actes gracieux que nous avons classés dans le second groupe. Dans ces cas, il s'agit toujours d'une autorisation à accorder par le juge, autorisation soit de passer un acte juridique, soit de faire un acte de procédure, soit de se mettre en possession d'un bien. Lorsque le juge aura accordé ou refusé son autorisation d'une façon inopportune, les parties ou les tiers peuvent l'attaquer par la voie de l'opposition ou de l'appel. La voie de l'annulation leur sera ouverte lorsque le juge, par sa décision, aura violé la loi. Presque toujours, en effet, dans ces conditions, les parties ou les tiers pourront justifier d'un préjudice subi, d'un intérêt sérieux, et leur action sera en conséquence recevable.

Au contraire, la même solution ne s'impose plus dans les cas où le juge intervient pour assurer la bonne administration de la justice et fait par là-même à cette occasion certains actes gracieux. Le plus souvent les tiers ne seront pas fondés à attaquer ces décisions, non parce qu'en droit elles ne soient pas susceptibles de recours, mais parce qu'en fait, ils seront dans l'impossibilité de justifier d'aucun préjudice sérieux. Par exemple, on ne voit pas de quel préjudice pourraient se plaindre les justiciables à l'encontre d'un acte du tribunal qui fixe et règle l'heure de ses audiences (1).

(1) D'autant que ce règlement étant approuvé par le ministre (fonctionnaire administratif), il semble que ce serait devant le Conseil d'Etat et non devant les tribunaux judiciaires qu'il faudrait porter la demande d'annulation.

Seulement ceci n'est plus également vrai des décisions par lesquelles le juge investit un officier ministériel d'une certaine mission.

Sans doute, en principe, le plus souvent (1), la personnalité de l'officier ministériel désigné doit être indifférente aux tiers. Tels seront les cas où le président charge un huissier de faire un constat, ou un notaire de recevoir le dépôt d'un testament. D'une façon générale, les parties ne peuvent pas se plaindre de la désignation de l'officier ministériel, puisque celui-ci est toujours présumé présenter des garanties de capacité et d'honorabilité suffisantes.

Au contraire la situation est toute différente lorsque le juge désigne un administrateur ou un liquidateur, car la nomination d'un administrateur plutôt que d'un autre peut être de nature à causer aux intéressés un véritable préjudice (2). Dans ce cas, les parties pour-

(1) Nous disons *en principe*, car il peut se faire que dans un cas déterminé, par exemple : la désignation d'un notaire pour recevoir un testament, alors que ce notaire est en fait le notaire de l'une des parties, cause aux autres un véritable préjudice. — Voir plus haut, la jurisprudence qui admet la possibilité d'un recours contre les ordonnances du président prescrivant le dépôt d'un testament.

(2) 1° *Sic* : Trib. civ. Marseille, 4 juillet 1911 (*Gaz. Trib.*, Tables, 2e sem. 1912, p. 10, n° 17), qui admet que l'ordonnance désignant un mandataire de justice pour gérer une propriété est susceptible de voies de recours, bien que constituant un acte de juridiction gracieuse.

2° *Contrà* : Req., 13 janvier 1903, D. P. 1904.1.577, qui refuse au failli le droit d'attaquer par la voie de la tierce opposition la nomination d'un administrateur provisoire.

ront demander la réformation au cas d'inopportunité, l'annulation dans les cas où le juge aurait dépassé sa compétence.

Rappelons enfin en terminant que les pouvoirs de contrôle du juge sur les officiers ministériels ne sont pas non plus à l'abri de tout recours. En particulier l'ordonnance de taxe est aujourd'hui, depuis une loi de décembre 1897, susceptible d'opposition devant le tribunal tout entier (1).

Donc — et ce sera là notre conclusion — aucun acte gracieux n'échappe et ne doit échapper en droit à la possibilité d'un recours, mais le recours n'est recevable que lorsque le requérant justifie d'un intérêt sérieux. Ici encore, et comme en droit administratif, lorsqu'il s'agit d'intenter un recours pour excès de pouvoir (2), c'est l'intérêt qui est la condition même de l'action.

§ 2. — Voies de recours contre l'acte gracieux à caractère juridictionnel.

Il semble qu'ici il soit moins facile de dégager un principe de solution. Sans doute, en théorie générale, on est en droit d'affirmer que, du moment que le juge ne prend pas une décision de caractère administratif, mais fait une constatation d'ordre juridictionnel, ses

(1) Voir cette question indiquée dans notre 1re partie.

(2) C'est la solution certaine du droit administratif. Seulement on sait que le Conseil d'Etat se montre de plus en plus large pour admettre cet intérêt. — *Sic* : Hauriou, *Manuel*, p. 442.

jugements doivent être traités comme de véritables jugements contentieux. Par suite, ils doivent avoir l'autorité de la chose jugée, être irrévocables. Ils doivent être susceptibles de voies de recours entièrement analogues à celles que l'on admet contre les autres jugements contentieux. Mais, il ne faudrait pas l'oublier, il n'y a là qu'une indication générale de solution. C'est que les jugements de cette catégorie ont été rendus sans un véritable procès, et que, dans ces conditions, il est impossible d'établir entre ces actes gracieux et les véritables jugements contentieux une assimilation complète.

De plus, nous avons vu que les pouvoirs de constatation du juge s'exercent dans ces différents actes à des degrés très divers, que les décisions de cette catégorie n'ont pas toutes un caractère juridictionnel aussi marqué. Dans ces conditions, il est très difficile de mettre sur le même pied tous ces actes fort différents. C'est, par suite, d'une façon plus empirique qu'il nous faudra procéder. Nous envisagerons successivement les différents actes gracieux qui rentrent dans cette catégorie, et nous rechercherons quelles voies de recours sont possibles contre chacun d'eux ?

A. — Contre *les contrats judiciaires* (1) ou actes par lesquels le juge reçoit une déclaration d'adoption, d'émancipation ou encore donne acte d'un fait, on ne

(1) Sur la question du contrat judiciaire, Voir thèse Maupoint, Paris, 1911.

voit pas très bien quelles voies de recours seraient possibles puisque le rôle du juge dans ces différents contrats est purement passif, puisqu'il se borne à constater avec force authentique les déclarations des parties. En somme, on n'entrevoit la possibilité d'un recours que dans deux cas : 1° dans l'hypothèse où le juge aurait refusé de constater l'acte juridique et se serait ainsi rendu coupable d'un déni de justice, aux termes des articles 4 du Code civil et 185 du Code pénal ; 2° dans le cas, fort rare, où le juge aurait altéré les déclarations mêmes des parties et où celles-ci n'auraient à leur disposition, pour attaquer cet acte authentique, que la voie de l'inscription de faux.

Ce que nous disions de ces contrats judiciaires est aussi vrai des procès-verbaux de conciliation passés soit normalement devant le juge de paix, soit exceptionnellement devant le président du tribunal en matière d'accidents de travail ? Sans doute, ici le magistrat conciliateur intervient bien en fait pour rapprocher les parties en cause, leur fournir des éclaircissements, encourager leurs transactions et leurs accords. Mais en droit, le rôle du juge est purement passif (1), son rôle

(1) Pourtant dans la pratique judiciaire (au moins dans celle du ressort de la Cour d'appel d'Angers), les présidents, en cas de non-conciliation, autorisent souvent la Compagnie d'assurances à faire consigner ses offres dans le procès-verbal de non-conciliation, et ceci afin de la mettre à l'abri d'une condamnation aux dépens, dans le cas où la rente accordée par le tribunal à l'ouvrier ne serait pas supérieure à la rente offerte.

Il y a là une mention, dont la légalité nous paraît assez douteuse,

est voisin de celui des officiers publics qui reçoivent les actes des particuliers, par suite, comme à l'encontre de ces officiers publics, seule la voie de l'inscription de faux sera permise.

Du reste, si l'acte judiciaire échappe pratiquement, dans ces différents cas, à un recours, les parties conservent toujours la faculté d'attaquer l'acte juridique par la voie de la nullité, si cet acte juridique manque en fait d'un élément essentiel à sa formation.

En particulier, si le procès-verbal de conciliation passé devant le juge est vicié par suite d'une erreur, les parties conservent naturellement toujours le droit d'en demander la nullité (1).

B. — Avec les *jugements d'expédient*, nous sommes en pleine controverse. Nous avons déjà eu l'occasion d'exposer les deux opinions en présence, l'une qui maintient à ses actes le caractère de simples contrats constatés simplement par le juge, l'autre qui prétend assimiler ces jugements à de purs jugements contentieux. Naturellement, selon que l'on adopte l'un ou l'autre de ces systèmes, on est plus ou moins enclin à admettre la possibilité de voies de recours. Pour les

et on peut se demander dans ces conditions si l'ouvrier n'aurait pas le droit d'attaquer soit directement, soit indirectement, au cours de l'instance pendante devant le tribunal, cette décision gracieuse du juge.

(1) Voir sur une affaire analogue d'erreur en matière de conciliation d'accidents du travail, un récent arrêt de la chambre civile du 28 janvier 1913 (cité au cours de M. Capitant, *D. Civ. comparé*).

auteurs qui mettent surtout en avant l'idée de contrat, le jugement d'expédient en lui-même n'est pas susceptible de recours. Les parties conservent simplement la faculté d'attaquer le contrat primitif par la voie de l'action en nullité. Si, au contraire, on admet que le jugement recouvre entièrement le contrat et se substitue définitivement à lui, on donnera aux parties le droit d'agir contre ce jugement par les voies de recours habituelles. Mais, au contraire, on leur refusera le droit d'intenter l'action en nullité (1). Nous avons déjà adopté un système mixte qui tient compte à la fois des deux éléments en présence : jugement et contrat. Nous pensons donc que les parties conservent tout d'abord la faculté de demander la nullité du contrat.

De plus nous estimons que le jugement, acte gracieux par lequel le juge homologue un contrat ne doit pas échapper non plus à la possibilité d'un recours. Mais quel sera ce recours ? On songerait tout d'abord à la voie de l'opposition. Généralement pourtant on exclut cette voie de recours par ce raisonnement que tout ju-

(1) Voir sur cette question, thèse Celers déjà citée, qui se rallie à la conception du jugement contentieux pur et simple. Voir aussi thèse Maupoint, p. 78. Sur cette question, la jurisprudence est divisée. Deux arrêts admettent la conception du jugement. Ce sont : Turin, 13 février 1810, S. 1814.1.101 ; Bastia, 21 avril 1844. *Dall. Rép.*, jugement n° 341. Deux autres — plus récents — admettent au contraire la thèse du contrat judiciaire. Ce sont : Toulouse, 21 janvier 1885, D. 86.2.73 ; Bordeaux, 2 mai 1895, S. 97.2.160. — Voir également Note Labbé, S. 30.1.161, V° *Répertoire de Merlin, Conventions matrimoniales*, III, p. 208, qui se rallie à la thèse du contrat judiciaire.

gement d'accord est par hypothèse même le contraire d'un jugement par défaut. En effet, le jugement d'expédient suppose nécessairement la participation à l'instance et le dépôt de conclusions de la part de chacune des parties ; il ne sera donc jamais rendu par défaut, ni par suite susceptible d'opposition. Pourtant cet argument est loin d'être décisif. Il ne faut pas en effet confondre l'opposition contentieuse avec l'opposition contre les jugements gracieux. Cette dernière, qui s'explique par cette raison que les décisions gracieuses n'ont pas l'autorité de la chose jugée, est toujours susceptible d'être intentée même par les parties ayant figuré à l'instance.

Or ici, alors qu'on se trouve en présence d'une décision gracieuse, on peut songer à permettre aux parties de faire, d'un commun accord, opposition devant le juge pour lui demander de modifier sa première décision, de changer les conditions et les effets du contrat initial.

La voie de l'appel est généralement exclue par ce motif qu'il y aurait eu acquiescement tacite des parties au jugement d'instance (1). Mais ici encore il nous sem-

(1) Voir en ce sens : Thèse Celers, p. 60. — Voir au contraire : Cass., 12 février 1870, S. 1870.1.161, qui admet que l'appel est *possibles contre un jugement* d'accord. Cet arrêt est suivi d'une intéressante note de Labbé qui analyse et classe d'une façon très complète les différentes variétés de jugements d'expédients ou de jugements d'accord.

ble que l'on assimile trop rigoureusement le jugement d'expédient à un jugement contentieux.

Selon nous, ce que les parties ont spécialement voulu, c'est de faire homologuer leur contrat par ce juge, mais il est inexact de penser qu'elles ont pour cela entendu se priver du droit de recourir aux autres échelons de la hiérarchie judiciaire. Ce qu'elles ont voulu, en définitive, c'est d'obtenir l'homologation de leur contrat en utilisant toutes les garanties de compétence et d'impartialité, que présente dans son ensemble notre organisation judiciaire actuelle.

A côté de l'appel et de l'opposition, le pourvoi en cassation permettra de faire annuler les jugements d'expédients qui auraient été constatés par un juge incompétent.

C. — *Les jugements qui ordonnent l'exequatur* soit d'une sentence arbitrale, soit d'une décision étrangère, sont-ils susceptibles de recours ? Théoriquement la question doit être résolue par l'affirmative. Sans aucun doute, il est nécessaire que les parties puissent recourir contre l'acte d'un juge, qui, en fait, le plus souvent s'arroge le droit de reviser, quant au fond, la sentence initiale. Et même, si on limite avec la doctrine les pouvoirs du juge à une simple constatation de compétence ou de régularité de l'acte visé, la nécessité d'un recours n'est pas moins absolue. De toute manière, il est bien évident que le juge de l'exequatur fait acte de constatation, donc acte juridictionnel ; par suite, sa

décision doit être soumise aux mêmes voies de recours que les jugements contentieux.

C'est la solution généralement admise pour les jugements portant exequatur des sentences étrangères. Ces jugements sont susceptibles d'opposition et d'appel. Comme, de plus, ils ne statuent, ou ne doivent statuer, que sur une question d'exécution, ils ont un objet indéterminé ; quel que soit le montant de l'intérêt en cause, ils ne seront jamais ainsi rendus qu'en premier ressort (1).

Par contre, les jugements d'exequatur des sentences arbitrales ne sont pas, aux termes du Code de procédure (art. 1023 et suiv.), entièrement soumis au droit commun. Quoique la loi ne le dise pas d'une façon formelle, il y a pourtant lieu de bien distinguer les voies de recours contre la sentence arbitrale elle-même qui est un véritable jugement contentieux, et contre la sentence d'exequatur qui constitue seule un acte gracieux. La sentence arbitrale ne comporte ni opposition, ni pourvoi en cassation, mais elle peut toujours être attaquée par la voie de l'appel (art. 1023, C. proc.), et dans les cas prévus par l'article 1028, par une voie de recours spéciale, l'action en nullité (2).

(1) *Sic* : Weiss, *Traité de droit int. privé*, t. IV, p. 621. — Voir pourtant, comme limitant les voies de recours, les articles 12 et 14 de la convention franco-belge du 8 juillet 1899. Aux termes de ces articles, seul l'appel est possible, l'opposition n'étant jamais recevable.

(2) *Sic* : Garsonnet, *Traité de procédure*, t. VIII, § 3086, p. 514, qui

Cette action en nullité est permise chaque fois que les arbitres ont statué à la suite d'un mandat nul ou irrégulier. Elle se forme par voie d'opposition devant le tribunal qui a rendu la sentence d'exécution. En fait, le caractère juridique de cette voie de recours est des plus complexe, car il semble qu'elle constitue à la fois un moyen de nullité contre la sentence arbitrale et un procédé de réformation de l'ordonnance d'exequatur. D'abord, le tribunal joue, vis-à-vis des arbitres, le rôle d'une Cour de cassation au petit pied puisqu'il est chargé d'annuler toute sentence qui n'aurait pas été rendue par des arbitres compétents. Mais, de plus, il possède le droit de reviser la sentence d'exequatur en réformant une décision de son président qui a accordé l'exequatur dans des cas où il aurait dû la refuser. En ce sens, le recours de l'article 1028 paraît avoir beaucoup moins le caractère d'une action en nullité, que celui d'une voie de réformation, ou d'un appel.

L'article 1028 semble donc confondre, sous un seul et même chef, deux voies de recours différentes, l'action en nullité dirigée contre la sentence arbitrale et la voie de l'appel portée contre l'ordonnance d'exequatur.

Outre cette voie de recours de l'article 1028 qui a ainsi un caractère mixte, puisqu'elle permet d'atteindre à la fois la sentence arbitrale et l'ordonnance d'exequatur, il sera également possible d'attaquer devant

considère que l'action en nullité de l'article 1028 est spécialement dirigée contre la sentence arbitrale.

le tribunal l'ordonnance seule par cette même voie de la nullité, lorsque la sentence d'exequatur aura été entachée d'un vice de forme ou rendue par un juge incompétent (1).

D. — *Le jugement déclaratif de faillite* sera, sinon toujours, du moins le plus souvent, un jugement gracieux. En effet, aux termes de l'article 440 du Code de commerce, ce jugement sera prononcé soit d'office, soit à la requête du failli ou d'un créancier. Le Code de commerce considère donc que normalement (2) le jugement déclaratif de faillite sera rendu sans qu'il soit intervenu une contestation. Ce n'est qu'exceptionnellement, lorsque les parties auront eu recours à la procédure de la citation, que l'instance deviendra contentieuse.

Ce caractère gracieux du jugement déclaratif de faillite permet sinon de justifier, du moins d'expliquer les voies de recours très spéciales qui ont été admises par la loi. Le système légal déroge au droit commun sur trois points : 1° En ce qui concerne les délais qui sont en principe plus courts que ceux du droit

(1) *Sic* : Garsonnet, *Traité*, VIII, § 3091, p. 528.

(2) Nous disons normalement, car en pratique on agira assez souvent par la voie de l'assignation (ou de la citation). Certains auteurs estiment même que pratiquement ce procédé est bien préférable et devrait seul être admis ; *Sic* : Thaller, *Manuel*, p. 1747. Pratiquement, ces auteurs ont très probablement raison, mais au point de vue légal, ce n'est pas la solution à laquelle s'est rangé le Code de commerce qui considère que normalement le jugement déclaratif de faillite intervient sans un procès véritable.

commun ; 2° en ce qui touche également les personnes qui peuvent se prévaloir de ces voies de recours ; 3° enfin dans la détermination des effets de ces voies de recours.

Sans insister plus longuement sur la question des délais (1), reprenons simplement les deux dernières différences.

Tout d'abord, aux termes de l'article 580, peuvent faire opposition au jugement déclaratif de faillite : le failli et toute personne intéressée. Conformément au droit commun, le failli ne peut faire opposition que s'il est resté étranger à l'instance tout en ayant fait défaut. Au contraire, en ce qui concerne les tiers, leur droit d'opposition est beaucoup plus large. Ceux-ci peuvent faire opposition alors même qu'ils seraient restés complètement en dehors de la procédure, sans avoir eu besoin par conséquent de faire défaut. La dérogation au droit commun consiste, dit-on alors, à permettre à une personne qui n'a pas fait et n'avait pas à faire défaut, d'agir par la voie de l'opposition (2). Mais cette dérogation en réalité n'est qu'apparente. C'est qu'il ne s'agit pas ici, croyons-nous, d'une véritable opposition contentieuse qui naturellement ne serait ouverte qu'aux parties qui auraient dû faire défaut, mais d'une oppo-

(1) Ces délais sont différents de ceux du droit commun. Pour l'opposition, ils sont de huit jours ou d'un mois à compter du jugement déclaratif de faillite. Pour l'appel ils sont réduits à quinze jours à compter de la signification (art. 582, C. de comm.).

(2) *Sic* : Thaller, *Manuel de droit commercial*, p. 882, n° 1763.

sition gracieuse, qui, elle, nous l'avons vu, est beaucoup plus large et englobe la tierce opposition.

Avec l'appel nous rentrons dans le droit commun, puisque seules peuvent former appel les personnes qui ont été parties à la première instance, soit d'ailleurs qu'elles y aient conclu, soit d'ailleurs qu'elles y aient fait défaut.

Quels sont maintenant les effets de l'opposition et de l'appel? Dans une première conception on soutient que ces voies de recours ont simplement pour but de faire rectifier une décision qui a été mal rendue, que par suite la décision première subsistera jusqu'au jour de sa réformation, que la faillite sera simplement clôturée, mais que le failli restera sous le coup des déchéances civiques qui l'avaient frappé.

Au contraire, dans une seconde opinion on prétend que les effets de ces voies de recours sont plus absolus, que le jugement primitif doit être anéanti avec toutes les conséquences qu'il comportait. C'est à ce second système, croyons-nous, qu'il faut se rallier, car c'est lui qui semble le plus d'accord avec le caractère gracieux du jugement déclaratif qui ne comporte probablement pas une autorité complète de la chose jugée. Que fait, en effet, le juge qui prononce un jugement déclaratif de faillite? Il constate en définitive une situation de fait de nature à produire des conséquences juridiques, mais cette situation de fait peut se modifier. Le failli qui primitivement ne pouvait faire face à ses

échéances, trouve le moyen de rembourser ses créanciers. L'état de fait qui avait été la base de la faillite n'existe plus, il est donc logique de décider que le juge pourra alors rapporter une décision qui n'est plus conforme à la réalité. En conséquence, lorsque le juge aura admis favorablement l'opposition ou l'appel, la décision primitive sera définitivement anéantie. C'est ainsi que le problème de la non-autorité de la chose jugée, en matière gracieuse, nous apparaît sous une face nouvelle. Non seulement nous avons admis que les actes gracieux de caractère administratif sont privés de cette autorité. Mais nous croyons qu'il en est de même des actes gracieux, même juridictionnels, lorsqu'ils constatent une situation de fait comme l'absence ou la faillite (1). En effet, comme ils reconnaissent simplement l'existence d'une situation qui est de nature à se modifier, il faut permettre au juge de revenir sur sa décision

(1) Et il en sera ainsi exceptionnellement de certains jugements, contentieux pourtant, qui constatent avant tout une situation de fait. Nous faisons allusion ici à la question des jugements condamnant à une obligation alimentaire. Cette obligation, qui est avant tout fondée sur une comparaison de l'état des fortunes du demandeur et du défendeur (C. civil, art. 208), peut être variable à différents moments. Et un jugement postérieur au premier pourra l'augmenter ou la réduire selon les circonstances (*Sic*, art. 209, C. civ.). Ceci a été admis (au moins en droit sinon en fait) dans un récent jugement du tribunal de la Seine à propos d'un officier auquel sa mère réclamait une pension plus forte à la suite d'une promotion à un grade supérieur (Jugement paru dans les grands quotidiens). — Voir sur cette question *C. civ. annoté* de Dalloz sous l'art. 209.

première lorsque les conditions de la cause auront changé, lorsque le débiteur aura repris ses paiements, lorsque l'absent sera de retour (1).

E. — Restent enfin *les ordonnances de clôture des procédures d'ordre et de contribution* dont nous avons déjà eu l'occasion de dégager le double caractère juridictionnel et gracieux. Là encore notre conception semble bien d'accord avec le texte de la loi du 21 mai 1858 (art. 767, C. proc.). Cet article 767 a exclu, contre l'ordre, l'appel et le pourvoi en cassation qui lui ont paru trop dispendieux, et n'a admis que l'opposition. Mais là également il ne s'agit pas de l'opposition contentieuse proprement dite, mais de l'opposition aux jugements gracieux. Cette opposition est en fait recevable de la part de toutes les personnes qui ont figuré à l'ordre. Elle est jugée par le tribunal dont fait partie le juge-commissaire.

Au contraire, les créanciers qui sont restés étrangers

(1) Pour être complet, il convient d'ajouter que l'article 583 du Code de commerce prévoit également un certain nombre de jugements gracieux à caractère administratif, comme les nominations d'un syndic, d'un juge-commissaire, les jugements qui accordent un sauf-conduit au failli, etc. Le texte prend soin de nous dire que ces jugements ne seront soumis à aucun recours. Au besoin ce dernier article fournirait un nouvel argument *a contrario*, en faveur des voies de recours contre les actes gracieux à caractère administratif.

De même en ce qui concerne les ordonnances rendues par le juge-commissaire, l'article 453 n'admet de recours que dans des cas exceptionnels prévus par la loi. Exemple : délivrance d'un sauf-conduit au failli, secours alimentaire.... (V. art. 466, 474, 530, 567, C. com.).

à l'ordre ne peuvent l'attaquer que par la voie de l'action principale en nullité, ou par la voie d'une tierce opposition (1).

On s'accorde généralement (2) pour reconnaître que l'ordonnance de clôture de la procédure de contribution doit être soumise aux mêmes voies de recours.

En résumé, on voit que les actes gracieux qui rentrent dans cette catégorie ne sont pas absolument traités au point de vue des voies de recours, contre les purs jugements contentieux.

Si on ne conteste généralement pas à leur encontre la possibilité de voies de recours, on les traite d'après des règles exorbitantes du droit commun. On se refuse le plus souvent à permettre contre eux l'appel et le pourvoi en cassation, et on les soumet à une opposition toute spéciale, très différente de l'opposition contentieuse proprement dite et analogue à l'opposition que nous avons vu fonctionner contre les actes gracieux de caractère administratif.

Nous avions donc raison, au début de ce chapitre, de dire que l'on ne pouvait, malgré leur caractère juridictionnel commun, assimiler purement et simplement ces actes gracieux aux jugements contentieux, et admettre à leur encontre le même système de voies de recours.

Cette dernière remarque résultant de l'observation empirique des situations légales ou traditionnelles nous

(1) Garsonnet, *Traité des voies d'exécution*, n° 467, p. 420.
(2) Garsonnet, *loc. cit.*, n° 520, p. 462.

conduit à nous demander, si la clef de ces différences de détail ne pourrait pas être cherchée dans une analyse plus approfondie du caractère de ces actes gracieux juridictionnels par opposition aux purs actes juridictionnels, ou actes juridictionnels contentieux ?

Jusqu'ici nous avons admis que l'acte juridictionnel consistait dans une constatation faite par le juge. Cette constatation pouvait porter tout d'abord sur une question de droit objectif ; le juge recherchait si la loi civile ou pénale n'avait pas été violée, et, si il reconnaissait que la légalité n'avait pas été observée, il annulait l'acte, ou il prononçait une peine. En second lieu, le juge pouvait reconnaître un droit subjectif à une personne à l'encontre d'une autre.

Nous avons également considéré que cette constatation de l'existence du droit subjectif ou de la violation du droit objectif pouvait indistinctement intervenir, soit en la forme contradictoire ou contentieuse, soit en la forme non contradictoire ou gracieuse. Autrement dit nous avions admis la complète indépendance de la forme et du fond. Mais la question est peut-être plus complexe encore ; car il ne semble pas qu'on puisse normalement constater en la forme gracieuse, une situation juridique subjective, plus exactement un droit relatif que l'on prétend invoquer à l'encontre d'une personne déterminée. Si en effet Primus se prétend créancier de Secundus, il est de toute nécessité qu'il mette en cause son débiteur Secundus, afin de lui per-

mettre d'opposer à son encontre tous ses moyens de défense.

Au contraire, on pourrait parfaitement concevoir que les procès en matière pénale, ou les demandes d'annulation en matière administrative, soient jugés en une forme purement gracieuse, et si la forme contentieuse l'a emporté dans la pratique, c'est uniquement parce qu'elle présentait pour les justiciables et pour l'Etat des garanties préférables.

Donc, il nous semble, en terminant, que les seuls actes juridictionnels qui puissent être constatés en une forme gracieuse sont *les actes juridictionnels à caractère objectif*, plus précisément les actes juridictionnels, qui ont pour but la constatation d'une situation de droit ou de fait objective et par là même absolue.

Telle est la caractéristique des actes que nous venons d'étudier. Les jugements d'exequatur et d'expédient consistent, selon nous, dans une constatation de légalité et de régularité de l'acte qui est soumis à l'approbation du juge.

C'est également une situation de fait et de droit objective que constate le juge chargé de reconnaître l'absence et de prononcer la faillite, puisque l'absence ou la faillite sont des états de fait et de droit opposables à tous et par tous.

Et le même caractère objectif appartient certainement encore aux règlements des procédures d'ordre et de contribution.

C'est donc ce caractère objectif qui fait le lien commun de ces actes juridictionnels gracieux. Est-ce à dire que cette idée générale permette à elle seule d'expliquer toutes les différences de procédure que nous venons de relever dans cette dernière section ?

Nous ne le croyons pas ; presque toutes ces particularités (1) se justifient plutôt par le caractère spécial de chacun des actes examinés que par une idée d'ensemble.

Pourtant, il est au moins une différence qui s'explique ainsi aisément. L'opposition, en cette matière, est le plus souvent ouverte à tous, au lieu d'être restreinte aux seules parties ayant fait défaut. C'est la solution que nous avons admise par exemple pour la faillite et pour les règlements d'ordre et de contributions. Or rien n'est plus logique ; puisque les jugements gracieux décident d'une façon objective et opposable à tous les intéressés.

Il est donc nécessaire que tous les intéressés puissent attaquer une décision qui est susceptible de porter atteinte à leurs droits.

Au contraire, lorsque le juge constate l'existence d'un droit subjectif de A... contre B... ; seul B... est naturellement fondé, lorsqu'il n'a pas défendu au procès, à faire opposition, puisque seul il est en cause.

Donc une idée générale, et une idée générale qui

(1) En particulier les restrictions au droit d'opposition et d'appel qui sont commandées le plus souvent par des raisons de rapidité et de simplicité propres à chaque catégorie d'actes gracieux.

permet d'expliquer sinon toutes les particularités de procédure, du moins la plus importante d'entre elles, c'est à peu près tout ce que l'on peut découvrir pour tenter la construction de ces actes gracieux juridictionnels, plus complexe assurément que celle des actes gracieux administratifs.

SECTION II. — **Autorité des décisions gracieuses au point de vue international.**

Jusqu'ici nous nous sommes préoccupé de déterminer l'autorité des décisions gracieuses au point de vue du droit interne, mais il reste maintenant à résoudre une autre question. Est-ce qu'une décision gracieuse prise à l'étranger sera opposable en France sans aucune condition ? Ici, on conçoit théoriquement que trois systèmes puissent être défendus. Dans une première conception, qui serait de beaucoup la plus rigoureuse, on soutiendrait que l'acte gracieux, ayant un caractère administratif, ne serait opposable que dans le pays où il a été rendu, que le bénéficiaire d'un tel acte ne pourrait donc s'en prévaloir à l'étranger. Mais en fait, ce système serait pratiquement inapplicable, aussi n'a-t-il jamais été même présenté.

Par contre, deux autres conceptions se sont fait jour en doctrine et en jurisprudence. Dans un premier système, on assimile purement et simplement les juge-

ments gracieux aux jugements contentieux ; par suite, on décide que ces jugements ne seront opposables à l'étranger que s'ils ont été soumis à la formalité de l'exequatur. Dans une seconde opinion, on prétend, au contraire, que les jugements gracieux sont « *ipso facto* » opposables à l'étranger. En effet, dit-on, le juge qui autorise une personne, un mineur, par exemple, à faire un acte juridique se borne à ajouter à cet acte un élément de forme. Donc, il y a lieu d'appliquer la règle « *locus regit actum* » et de décider que l'acte sera valable et opposable à l'étranger, comme ayant été régulièrement conclu dans les formes admises par la législation du pays où il a été passé.

Pour envisager la question d'une façon un peu précise, nous étudierons successivement, dans deux paragraphes différents : 1° la solution actuelle de la question en doctrine et jurisprudence, et 2° le système rationnel qu'il convient d'adopter.

§ 1. — Solution actuelle de la question en doctrine et en jurisprudence.

La doctrine (1) fait généralement la distinction du

(1) Voir en ce sens note Planiol déjà citée, Weiss, *Droit intern. privé*, t. V, p. 576. C'est également l'opinion adoptée par M. Perreau (*J. droit int. privé, Clunet*, 1910, p. 1035). M. Perreau soutient en effet que les jugements gracieux qui autorisent un changement de nom, ne doivent pas être soumis à la formalité de l'exequatur.

Voir au contraire, en faveur de notre système, Surville et Arthuys, *Manuel*, p. 571, note 3.

jugement gracieux et contentieux, et elle décide que le jugement gracieux n'est pas soumis, comme le jugement contentieux, à la formalité de l'exequatur. En effet, dit-on, le jugement gracieux ne juge rien, donc on ne saurait l'assimiler aux jugements contentieux. Il faut, au contraire, lui faire application de la règle « *locus regit actum* », et en l'envisageant comme un élément de forme du contrat, le considérer comme étant toujours opposable à l'étranger. Pourtant, la jurisprudence ne semble pas avoir toujours admis cette solution d'une façon aussi complète. Sans doute, le principe doctrinal a été bien repris dans un arrêt relativement récent de la Cour d'Orléans (1), qui affirme que les actes volontaires des magistrats étrangers ne sont pas soumis à la formalité de l'exequatur et qui applique ce principe aux décisions prises par un juge anglais, pour autoriser la détention d'un aliéné et permettre aux tiers d'exercer ses droits à sa place.

Par contre la jurisprudence française se montre, en général, plus rigoureuse. En ce qui concerne la tutelle, le tribunal de la Seine (2) a décidé qu'une décision d'un juge étranger organisant en France, d'après leur

(1) *Sic* : Orléans, 9 février 1900, *J. Clunet*, 1900, p. 592. — La Cour d'Orléans justifie sa solution en la basant sur l'article 3 du Code civil (Règle *Locus regit actum*) et sur une sorte de coutume internationale qui ferait échapper à l'exequatur les décisions gracieuses. Mais l'existence de cet usage nous semble plutôt être affirmée qu'être démontrée.

(2) Trib. civ., 6 août 1885, *Clunet*, 1885, Seine, p. 683.

loi nationale, la tutelle de mineurs étrangers habitant dans notre pays, ne saurait y produire d'effets que du jour où elle aurait été revêtue de l'exequatur.

Même solution (1) a été également donnée pour l'ordonnance d'envoi en possession qui ne saurait, lorsqu'elle émane d'un juge étranger, être exécutoire en France, sans avoir été soumise à l'exequatur. Et même solution devrait certainement s'imposer dans le cas où l'on voudrait procéder à une exécution sur les biens, à la suite d'une ordonnance d'un président de tribunal étranger permettant une saisie conservatoire (2).

Enfin, à plus forte raison, semble-t-il nécessaire de soumettre les actes gracieux à caractère juridictionnel à l'exigence de l'exequatur. C'est la solution qui semble admise en jurisprudence pour les contrats judiciaires (3) qui ne seront, lorsqu'ils auront été passés à l'étranger, exécutoires en France qu'à cette seule condition. Enfin, sans entrer ici dans la question très délicate de l'unité ou de la pluralité des faillites, nous sommes en droit de dire que le jugement de faillite ne sera, même dans le système de l'unité de faillite, opposable et exécutoire à l'étranger, qu'après avoir au préalable obtenu l'exequatur (4).

(1) Trib. Seine (Référés), 29 mars 1898, *Clunet*, 1898, p. 728 ; Trib. civ. Seine, 10 janvier 1906, *J. Droit. int. privé*, 1906, p. 794.

(2) *Sic* : Surville et Arthuys, p. 571, note 3.

(3) C'est la solution qui semble admise par Bordeaux, 9 juillet 1906, *Clunet*, 1907, p. 396.

(4) Sur la délicate question de l'unité ou de la pluralité des faillites

On voit donc que le système de la jurisprudence française peut se résumer dans ces deux propositions suivantes : 1° En théorie, les décisions gracieuses échappent à la formalité de l'exequatur ; 2° en pratique, chaque fois qu'une question d'exécution sera en jeu, il faudra revenir à la nécessité de l'exequatur. En fait, cette seconde restriction est tellement générale, que, pratiquement, elle ruine le système, en rendant absolument illusoire le premier principe.

Aussi, la jurisprudence étrangère (italienne) semble-t-elle plus cohérente avec elle-même lorsqu'elle affirme que l'on doit purement et simplement assimiler, au point de vue de l'exequatur, les jugements gracieux et contentieux. Telle est la solution curieuse donnée par la Cour de Milan le 13 janvier 1911 (1) à propos d'une décision prise par un magistrat de Genève et qu'on voulait ensuite opposer en Italie. Les motifs de l'arrêt sont des plus intéressants : « Attendu, dit en substance la Cour, que, si des auteurs considérables ont pu admettre que les actes volontaires échappent à l'exequatur comme ayant pour but de compléter la capacité juridique d'un citoyen, à l'effet de passer un acte juridique, il n'est pas douteux pourtant que ces actes ne doivent pas être assimilés à de simples actes authentiques ; que ce sont de véritables sentences, analogues aux juge-

et sur la nécessité de l'exequatur du jugement de faillite. Voir Surville et Arthuys, *loc. cit.*, n° 516, p. 709.

(1) *J. Droit int. privé, Clunet*, 1912, p. 1001.

ments et qui doivent, par suite, en présenter tous les caractères intrinsèques et extrinsèques. »

De la lecture des motifs de cet arrêt, il résulte que la jurisprudence italienne se place à un point de vue très différent de celui de nos auteurs et de nos arrêts. Sa décision, qui est plus qu'une simple décision d'espèce, pose un principe nouveau, qui est celui de l'assimilation complète au point de vue du droit international des jugements gracieux et contentieux.

§ 2. — Solution rationnelle de la difficulté.

C'est également ce système de la Cour de Milan qui nous semble devoir être considéré comme la solution rationnelle de la difficulté.

On ne voit, en effet, aucune bonne raison pour faire échapper à l'exequatur les jugements gracieux.

1° D'abord, les auteurs qui considèrent que l'autorisation du juge en matière gracieuse est équivalente aux formalités d'un acte authentique, oublient trop volontiers que les actes des officiers publics étrangers ne sont pas, de plein droit, exécutoires en France. L'article 546 du Code de procédure civile semble décider, en effet, que, comme les jugements, ces actes devront être rendus exécutoires par les tribunaux français (1). Donc,

(1) Cette solution a été parfois controversée, car l'article 546 du Code de procédure, tout en semblant assimiler les actes publics aux jugements, renvoie pourtant aux articles du Code civil (2123 et 2128) qui

en assimilant le juge à un officier public, on n'échappe pas par là même à la nécessité de l'exequatur, qui devra intervenir chaque fois que l'on voudra procéder en France à l'exécution de l'acte en question.

2° Mais il faut aller plus loin et repousser toute assimilation entre le juge et le notaire. Sans doute, surtout dans la conception du droit étranger, l'un et l'autre font bien des actes de juridiction gracieuse, mais leur rôle est très différent. Le juge, en cette matière, sauf le cas exceptionnel du contrat judiciaire, ne se borne pas simplement à constater, comme le notaire, un acte passé devant lui ; en fait, le plus souvent, il prend une décision, accorde ou refuse une autorisation. Il fait donc acte de souveraineté. Il agit tantôt comme un administrateur, tantôt comme un juge qui constate une situation juridictionnelle. Peu importe que la situation qu'il constate, que la décision qu'il prend, ne soit pas, en fait, contestée ; l'accord des parties ne diminue en rien l'importance de l'acte qu'il fait. Dans les deux cas, il s'agit toujours d'un acte se rattachant à l'exercice de la fonction judiciaire ; et l'interdépendance des Etats s'oppose à ce qu'un tel acte échappe à l'étranger à toute espèce de contrôle.

ne s'occupent que de l'hypothèque et des jugements, et pas spécialement de la force exécutoire des actes publics. Pourtant la solution est théoriquement peu douteuse. Voir en ce sens : Surville et Arthuys, *Manuel de droit int. privé*, p. 592, n° 443.

Nous maintiendrons donc, avec la Cour de Milan, la nécessité de l'exequatur pour les jugements gracieux. Mais alors deux questions secondaires vont se poser : 1° quel sera le juge compétent pour accorder l'exequatur ? 2° quels seront ses pouvoirs de révision ?

1° *Quel sera le juge compétent ?* — Tout d'abord, on pourrait songer à établir un certain parallèle entre les deux ordres de juridiction française et étrangère, et à attribuer compétence pour l'exequatur à la juridiction française correspondante. Seulement ce système se heurterait à des difficultés pratiques assez considérables, car, en fait, les juridictions gracieuses à l'étranger sont loin d'être organisées comme chez nous et, souvent, il serait difficile, sinon impossible d'établir avec les nôtres une assimilation exacte. C'est ainsi que le tribunal des tutelles du droit allemand, se confondant avec le tribunal de bailliage, correspond, à peu près, au point de vue de la hiérarchie judiciaire, à nos justices de paix, alors qu'en fait, ses fonctions le rapprochent beaucoup, plutôt de notre chambre du conseil.

C'est donc un autre système qu'il faut adopter. Il faudra rechercher en fait quelle aurait été l'autorité compétente pour accorder l'autorisation. Par exemple, un mineur allemand veut obtenir en France une mise à exécution d'une décision du tribunal des tutelles l'autorisant à faire un acte de disposition ; il devra, dans ce

cas, solliciter l'exequatur de la chambre du conseil. Même solution a été donnée par la jurisprudence en ce qui concerne l'exequatur d'une ordonnance d'envoi en possession rendue par un juge étranger. Le tribunal civil de la Seine a alors attribué compétence au président, puisque c'est ce magistrat qui, normalement, serait compétent, chez nous, pour accorder cette autorisation (Trib. Seine, *Clunet*, 1906, p. 794).

2° *Les pouvoirs du juge en matière d'exequatur* seront les mêmes qu'en matière contentieuse. Nous lui refuserons donc le droit de rechercher si l'autorisation a été accordée d'une façon opportune ou non, nous lui permettrons simplement de s'assurer si le magistrat étranger qui a accordé l'autorisation était bien compétent pour faire l'acte déterminé et s'il n'a pas autorisé un acte que la loi française considérerait comme contraire à l'ordre public.

Au point de vue international, l'assimilation des actes gracieux aux jugements contentieux apparaît des plus complète. Dans tous les cas, l'acte gracieux est traité comme un pur jugement contentieux, et la distinction, si importante au point de vue du droit interne, de l'acte gracieux administratif et de l'acte gracieux juridictionnel, n'a plus ici pour ainsi dire aucun intérêt.

Du moins en est-il ainsi sur le terrain de la pratique, car en théorie le problème aurait pu être résolu d'une façon toute différente.

Si, en effet, nous avions voulu pousser dans ses derniers retranchements l'idée maîtresse qui domine tout notre travail : à savoir la distinction des actes gracieux à caractère administratif et à caractère juridictionnel, nous aurions été en droit de dire que seuls les actes gracieux juridictionnels, qui consistent dans la constatation d'un état de droit antérieur, seraient, comme les jugements contentieux et aux mêmes conditions qu'eux, opposables à l'étranger.

Nous aurions, par contre, refusé tout effet extra-territorial aux actes gracieux administratifs, puisque les ordres et décisions de l'autorité administrative, se trouvent naturellement sans efficacité au delà des frontières du pays où ils ont été rendus.

Telle aurait peut-être été la solution rationnelle de la difficulté. Mais ce système, en pratique, eût créé des difficultés sans nombre par la nécessité pour l'interprète de distinguer entre les différents actes de l'autorité judiciaire, et cela à la lumière d'un critérium toujours un peu fuyant.

Aussi, sacrifiant sur ce point nos idées personnelles, nous avons cru bon de nous rallier à l'opinion commune, qui, elle, ne semble jamais avoir douté de l'effet extra-territorial des décisions gracieuses, même de celles qui ont un caractère administratif très marqué.

C'est certainement en effet cette dernière opinion qui fournit la solution pratique (nous dirions volontiers

« diplomatique ») de la question. Mais il n'était peut-être pas sans intérêt, dans une construction d'ensemble de la théorie des actes gracieux, de signaler que la solution purement juridique aurait pu être très sensiblement différente.

CONCLUSION

En terminant ce travail, nous avons l'impression de ne pas avoir entièrement épuisé le sujet. Nous nous rendons compte qu'en ces matières où la loi n'est pas intervenue pour poser des principes généraux, l'interprète risque de s'égarer et de faire fausse route.

Nous n'avons donc pas eu l'ambition de faire œuvre définitive, notre travail pouvant toujours encore encourir le reproche d'une subjectivité trop grande.

§ 1. — Pourtant, il est une idée qui nous semble hors de doute, c'est que la théorie de la juridiction gracieuse n'est pas une pure question de droit privé, qu'elle met également en jeu les principes du droit public; que c'est seulement grâce à ses principes que l'on peut se faire une idée rationnelle de la nature juridique de l'acte gracieux, ou que l'on peut tenter de déterminer les voies de recours dont il sera susceptible.

Et ceci nous montre, une fois de plus, combien est fausse la théorie connue sous le nom de *séparation de pouvoirs*, et qui prétend assigner à chaque organe de l'Etat une fonction différente. La fonction législative, dit-on dans ce système, doit appartenir tout entière

aux seules assemblées parlementaires ; les autorités administratives seules doivent faire de l'administration ; les tribunaux judiciaires seuls rendre des jugements.

Mais, en fait, cette prétendue séparation des pouvoirs (1) n'a jamais été complètement réalisée. Les assemblées parlementaires prennent, sous forme de lois, des résolutions qui, ayant un caractère de décision d'espèce ou de solution individuelle, ne sont certainement qu'au seul point de vue formel des actes législatifs.

A l'inverse, les autorités administratives ne se bornent pas à faire de la pure administration, elles édictent, à la manière du législateur, des dispositions de caractère permanent et général ; elles solutionnent, à la façon du juge, des conflits entre l'administration et les particuliers.

Avec la théorie de la juridiction gracieuse, nous apercevons une autre face du problème. Les autorités judiciaires, qui ont perdu aujourd'hui le pouvoir réglementaire (2), conservent pourtant certaines attributions

(1) Voir sur la question fameuse de la séparation des pouvoirs, que l'on attribue assez à tort à Montesquieu (*Esprit des lois*, chap. VI, livre XI) et sur les reproches qu'on peut lui faire, *Manuel de Duguit*, § 55. Spécialement, p. 332 et 333. Voir également cette théorie proclamée par l'article 16 de la déclaration de 1789.

(2) Il est aujourd'hui défendu aux tribunaux de l'ordre judiciaire de statuer par voie réglementaire (art. 5, C. civ.). Mais on peut se demander si le juge qui ne participe plus ainsi à la rédaction du droit écrit ne joue aucun rôle dans l'élaboration du droit coutumier. La question est délicate. Voir sur la question : 1° Gény, *Méthodes d'interprétation*, p. 275, *Méthodes juridiques*, p. 181 et suiv. ; 2° Perreau, *Technique de la jurisprudence*, *Rev. trim. droit civil*, 1912, p. 610 et suiv.

de caractère administratif. Et certainement, personne ne songe à s'en plaindre ; tout au contraire, il apparaît que nul n'est plus qualifié qu'un magistrat de l'ordre judiciaire pour exercer vis-à-vis des particuliers ces délicates fonctions de protection de tutelle. On présume, en effet, et à juste titre, que le juge présente toutes les garanties d'impartialité, de prudence et de capacité nécessaires, pour s'assurer que tous les intérêts pécuniaires en présence sont bien sauvegardés. Et si, par hasard, le juge venait à se tromper, s'il prenait une décision mauvaise ou irrégulière, les parties auraient toujours la faculté, dans notre système, soit d'en demander la réformation à lui-même ou à son supérieur hiérarchique, soit d'en poursuivre l'annulation devant les tribunaux compétents.

La nécessité d'investir le juge de certaines fonctions administratives ne peut donc se discuter. En fait, dans tous les pays, il y a toujours eu et il y aura très probablement toujours une juridiction gracieuse. Seulement, à aucune époque, sauf peut-être dans l'Allemagne moderne, cette juridiction gracieuse ne semble avoir été sérieusement organisée. Alors que les formes et les règles à suivre pour assurer la marche normale des procès ont été fixées depuis longtemps, ici, nous sommes encore dans une matière presque vierge. Et c'est pourquoi, nous estimons qu'une loi qui viendrait, sur cette question poser quelques solutions fermes, serait de nature à faciliter la tâche des praticiens.

§ 2. — La solution législative du problème serait d'autant plus désirable, qu'on peut l'affirmer sans crainte d'être paradoxal, l'organisation d'une bonne justice, en général, et d'une bonne juridiction gracieuse, en particulier, importe au plus haut chef à l'ordre social.

M. Tissier (1) a fort bien montré, dans une récente conférence, le rôle social et économique de la procédure nécessaire à la solution des litiges qui existeront toujours à toute époque. Seulement, pour que la procédure puisse remplir son rôle social, il faut qu'elle soit à la fois simple, rapide et peu coûteuse. Il faut surtout l'orienter dans une voie nouvelle ; il ne faut plus laisser la procédure à la direction exclusive des avocats et avoués ; il est nécessaire (comme dans le Code de procédure autrichien) de permettre au juge de diriger la marche générale de l'instance.

Mais, si cette extension des pouvoirs du juge dans la procédure est très désirable en matière contentieuse, elle l'est non moins en matière gracieuse, car la juridiction gracieuse n'est guère, en définitive, qu'une application au monde de la procédure *de l'interventionisme* moderne.

On se figure volontiers que cet interventionisme est de date toute récente, et qu'il n'a pris naissance que dans la seconde moitié du XIX^e^ siècle par réaction contre

(1) *Méthodes juridiques*, p. 103 et suiv. ; *Leçon de M. Tissier sur le rôle social de la procédure.*

l'école libérale. En fait, c'est une erreur, au moins dans la sphère de la famille, il y a déjà longtemps que le juge intervient dans un but de protection et de contrôle social, afin de faire respecter les droits de la femme et du mineur. Et nous avons montré, dans notre introduction, que la tendance moderne était d'élargir ses pouvoirs en cette matière.

Ce qui fait l'originalité de l'interventionisme moderne, c'est qu'il sort du domaine de la famille, c'est qu'il se transporte dans le monde ouvrier et patronal. Nous n'avons pas ici à juger ces tendances nouvelles. C'est un courant violent qui nous emporte et qu'il serait puéril de vouloir remonter. Admettons donc le principe et recherchons simplement comment il va se réaliser. La première forme de l'interventionisme, c'est l'interventionisme *législatif* : le législateur pose des règles destinées à réglementer les conditions et l'exécution du travail. D'autre part, afin d'assurer le respect des règles légales, l'Etat charge certains fonctionnaires de l'ordre administratif, les inspecteurs du travail, de veiller à leur observation. C'est, si l'on veut, l'interventionisme *administratif*.

Enfin, et c'est le point qui nous intéresse particulièrement, les autorités judiciaires auront compétence pour contrôler non plus les faits matériels, mais les actes juridiques relatifs au travail. Ce sera la troisième forme de l'interventionisme, ou interventionisme *judiciaire*. Et cet interventionisme nouveau apparaît au-

jourd'hui très en faveur. Les tribunaux ont une tendance de plus en plus marquée en matière de contrat de travail, à ne pas se contenter de sanctionner purement et simplement les conventions antérieures. Ils prétendent exercer sur elles un pouvoir de contrôle et d'homologation. C'est la tendance bien connue des conseils de prud'hommes qui s'accordent le droit d'élever le salaire, lorsqu'ils le trouvent insuffisant. C'est le pouvoir de contrôle des tribunaux sur le droit de renvoi de l'ouvrier (art. 1780), sur le droit de grève, sur le droit de mise à l'index. Dans tous ces cas, le tribunal recherche si l'individu a exercé son droit régulièrement et conformément à son but social (1).

Enfin, dernièrement on a soutenu que le règlement d'atelier étant une loi privée (2) plutôt qu'un contrat, il fallait le soumettre à l'approbation d'une autorité autre que celle du seul patron. On a songé, tout naturellement alors, à l'autorité judiciaire pour exercer ce pouvoir de contrôle (3).

Et ce n'est pas seulement en matière de contrat de travail que se rencontrent ces tendances nouvelles du juge. On les retrouve dans d'autres domaines ; les tribunaux s'accordant (nous l'avons déjà dit) le droit de

(1) Du reste, d'une façon générale, la théorie de « l'*abus du droit* » est une manifestation très nette de ce pouvoir de contrôle du juge sur l'utilisation d'un droit antérieur.

(2) Voir Gazin, *Nature juridique du règlement d'atelier*.

(3) Pic, *Manuel législ. industrielle*, p. 823, propose au contraire de confier ce soin à l'autorité administrative.

reviser les salaires des agents d'affaires, celui de contrôler les sociétés à monopole (Mâcon, 4 juillet 1912, *Gaz. trib.*, 2e sem., II-304), celui de solutionner les conflits qui, ayant pris naissance au sein du conseil d'administration peuvent gêner le fonctionnement normal de la société (1), etc. ; tous pouvoirs qui dépassent certainement la mission habituelle du juge de constater simplement les conventions des particuliers.

Or, chaque fois que le juge contrôle ainsi la formation des contrats, il enfreint certainement les limites de son pouvoir juridictionnel, qui consiste simplement dans la reconnaissance des droits antérieurs. Il use de ses pouvoirs d'administrateur, plutôt que ceux du juge ; il fait, au sens large du mot, acte de juridiction gracieuse.

C'est ainsi qu'envisagé sous cette face nouvelle, le problème de la juridiction gracieuse s'élargit considérablement. Ce n'est plus une simple question de procédure qui se trouve en jeu, mais toute une série de problèmes extrêmement graves, dont les uns touchent au droit public et à la théorie de la séparation des pouvoirs, les autres à la science sociale et aux tendances interventionistes.

Il ne rentrait certainement pas dans le cadre de cette étude d'en aborder ici l'examen beaucoup trop complexe.

(1) *Sic* : *Gaz. Trib.*, 1912, 2e sem., II-245. — Voir sur cette question des pouvoirs du juge dans les contrats, Demogue, *Notions fondamentales*, p. 534, et *Revue trim. droit civil*, 1913, p. 192 et 209.

Puisse simplement cette dernière observation, en contribuer à réhabiliter, par son rattachement aux idées et aux tendances actuelles, un sujet beaucoup trop négligé, nous concilier l'indulgence de nos savants maîtres de droit public et nous justifier à leurs yeux du choix un peu spécial de notre seconde thèse.

Vu :
Nancy, le 17 juillet 1913,
Le Président de la Thèse,
Louis ROLLAND.

Vu :
Nancy, le 17 juillet 1913,
Le Doyen de la Faculté,
E. BINET.

Vu et permis d'imprimer :
Nancy, le 18 juillet 1913.
Le Recteur de l'Académie,
Ch. ADAM,
Correspondant de l'Institut.

ANNEXES

Observations spéciales à propos d'un récent arrêt de la Cour de cassation, sur la nature juridique de l'ordre amiable (1).

On sait en quoi consiste l'ordre amiable (2). Il y a si l'on veut trois espèces d'ordre ; l'ordre *consensuel* qui est un simple accord entre les créanciers en dehors de toute intervention de la justice ; l'ordre *amiable* qui suppose que les créanciers se sont mis d'accord entre eux, après un essai de conciliation et que le juge a dans une ordonnance constaté et rendu définitif cet accord ; enfin l'ordre *judiciaire* qui s'ouvre faute d'accord entre les créanciers. Le juge dresse alors un règlement provisoire que les intéressés peuvent contester par voie de contredits ; le tribunal juge les contestations ; puis le juge aux ordres établit un règlement définitif en tenant compte des décisions du tribunal.

On voit ainsi que l'ordre amiable tient la place entre l'ordre purement consensuel qui est un véritable contrat et l'ordre judiciaire qui est certainement un acte juridictionnel. Et c'est pourquoi en présence de cet acte juridique complexe, la doctrine est-elle singulièrement embarrassée (3). Doit-on assimi-

(1) Notre attention a été attirée, au cours de l'impression de notre travail par ce récent arrêt de la Cour suprême, et nous avons cru utile, vu son importance toute spéciale, d'en reprendre ici dans une annexe la discussion générale.

(2) V. Japiot, *Rev. trimest. dr. civ.*, 1912, p. 1035 et suiv.

(3) Glasson, *Précis de procédure*, t. II, n° 1598. Tissier, note au S. 1903.1.497.

ler l'ordre amiable à l'ordre consensuel et lui reconnaître ainsi le caractère de contrat ? Doit-on au contraire l'assimiler à l'ordre judiciaire et en faire un véritable jugement ? Tel est le problème qui se pose.

Comme le dit très justement M. Cuche (1), la question est analogue à celle des jugements d'expédient, dans lesquels les uns font prédominer l'idée de contrat, et les autres celle d'actes judiciaires. Ici encore, l'intérêt pratique de la controverse est le même, il s'agit de savoir si l'ordre amiable pourra, en tant que contrat, être attaqué par la voie de l'action en nullité, ou si au contraire les parties devront se contenter des voies de recours normalement possibles contre les jugements contentieux.

La jurisprudence de la chambre des requêtes s'est ralliée au second système dans son arrêt du 11 juin 1912 (2). Dans cet arrêt la Cour suprême faisant surtout prédominer l'idée de contrat sur celle de jugement, écarte, pour des raisons de procédure, les voies de recours du droit commun : opposition et appel, et reconnaît simplement aux parties le droit d'attaquer l'ordre amiable par la voie de la nullité, au cas d'erreur ou de dol ayant vicié leur consentement libre. C'est dans le sens opposé que s'était prononcé par contre un arrêt plus ancien de la chambre civile du 13 janvier 1903 (3), qui refusait au contraire d'admettre l'action en nullité en opposant l'autorité de la chose jugée.

Cet arrêt de 1912 mérite-t-il d'être approuvé ? C'est ce que nous nous demanderons en étudiant successivement, dans deux parties, la nature juridique de l'ordre amiable et les voies de recours dont il est susceptible.

(1) Cuche, *Précis des voies d'exécution*, Paris, 1913, n° 304 et suiv.
(2) *Rev. trimest.*, 1912, p. 1037, et D. 1913.1.287.
(3) S. 1903.1.497, note Tissier.

I

Nature juridique de l'ordre amiable.

L'ordre amiable est-il un acte gracieux ou contentieux ? Telle est la première question dont nous devons faire l'examen (1).

Or nous avons eu l'occasion de montrer dans notre travail que les actes gracieux et contentieux devaient être séparés au double point de vue formel et de leur nature intrinsèque. Recherchons donc successivement à ce double point de vue quelle est la nature juridique de l'ordre amiable.

1° *En la forme*, avons-nous dit, les actes gracieux sont ceux qui ont été rendus sans contradiction, sans qu'il y ait lieu de rechercher si une contradiction était possible dans la suite. Par suite, en la forme, l'ordre amiable est certainement gracieux, puisqu'au moment où il est rendu aucune contestation n'existe plus entre les créanciers, que le juge ne tranche pas à ce moment une contestation, mais se borne à enregistrer leur accord. — Sans doute, antérieurement à cet accord, il y a pu avoir contestation entre les créanciers, et le juge a pu intervenir pour faciliter entre eux la conclusion d'une transaction ; il a pu jouer vis-à-vis des créanciers le rôle d'un magistrat conciliateur. Mais ce rôle d'apaisement du juge, que l'on ne saurait méconnaître *en fait*, est indifférent *en droit*, car au moment même où le juge a rendu son ordonnance, l'accord était intervenu entre les créanciers, et c'est cet accord que le juge s'est borné à enregistrer.

L'ordre amiable est donc, sur ce premier terrain, entièrement assimilable à un procès verbal de conciliation. Or il est bien difficile, nous semble-t-il de soutenir que ce procès-verbal ait une portée contentieuse (1). Traditionnellement cet acte est un acte de juridiction gracieuse par lequel le juge

(1) Japiot, *Rev. trimest., loc. cit.*, p. 1073, et S. 1912.2.25.

constate, à la façon d'un notaire, l'accord des parties sur un objet déterminé.

L'ordre amiable est donc gracieux au moins en la forme. Vainement pourrait-on, pour écarter cette idée,tirer argument de ce fait, que l'ordre amiable est assimilable à l'ordre judiciaire. L'objection ne porterait pas, et cela pour deux raisons. D'abord l'analogie entre les deux situations est des plus douteuse, car dans un cas l'accord des créanciers s'est réalisé, dans l'autre il est encore à faire. Et alors même que les deux ordres seraient liés par une étroite parenté, il resterait à démontrer que l'ordre judiciaire est bien lui-même contentieux. Or rien ne nous semble plus discutable. L'ordre judiciaire suppose bien sans doute pour les créanciers la possibilité d'attaquer le règlement provisoire par voie de contredits. Mais ce n'est qu'une fois que le jugement de ces contredits aura été tranché par le tribunal, que le juge fera alors, d'une façon purement gracieuse, le règlement de leurs droits.

Donc, à moins de considérer l'ordre judiciaire comme un tout inséparable, idée également très discutable, il nous semble qu'il faudra considérer l'ordre judiciaire et par un *a fortiori* évident l'ordre amiable comme un acte gracieux en la forme.

2° Mais il ne suffit pas, comme nous avons eu l'occasion de le montrer au cours de notre travail, de se faire de la juridiction gracieuse une idée purement formelle. Il faut encore rechercher la nature véritable de l'acte examiné. Sans doute l'ordre amiable rentre au sens large dans la catégorie des contrats judiciaires. Mais cette catégorie elle-même est complexe, puisqu'elle se compose à la fois d'actes administratifs, dans lesquels le juge intervient, en vertu de son droit d'homologation, pour permettre la création d'un droit nouveau, et d'actes juridictionnels dans lesquels il se borne à constater la régularité d'un acte juridique passé en sa présence.

Par suite, selon que dans l'ordre amiable, le juge aura un pouvoir d'homologation ou un simple pouvoir de constatation,

ce dernier acte pourra être classé dans la catégorie des actes gracieux administratifs ou des actes gracieux simplement juridictionnels.

Or quels sont exactement les pouvoirs du juge en cette matière ? Lorsque sa fonction de magistrat conciliateur a cessé par suite de l'accord des créanciers, son rôle est des plus modestes : il constate leur consentement dans un procès-verbal, ordonne la délivrance des bordereaux aux créanciers qui viennent en ordre utile, et la radiation des inscriptions des autres.

Ce ne sont là que des pouvoirs de constatation et de mise à exécution de l'accord ainsi conclu.

Mais rien ne permet d'admettre que le juge aux ordres ait un véritable pouvoir d'homologation. Dans le silence des textes, il ne lui serait certainement pas licite de refuser son approbation à l'accord unanime des créanciers sous prétexte que cet accord ne satisferait pas, d'après lui, aux conditions générales du droit ou de l'équité.

Il ne jouit guère — en droit, sinon en fait — d'un pouvoir plus étendu que le juge de paix qui reçoit un contrat d'adoption ou un acte d'émancipation. Comme lui il constate avec force authentique l'accord des particuliers sur un objet déterminé ; mais c'est tout. C'est bien là le rôle passif que jouait dans le droit romain, le juge dans l'exercice de la juridiction, dite *volontaire*.

Donc nous arrivons à cette conclusion, que l'ordre amiable, qui est certainement en la forme un acte gracieux, peut, au point de vue de sa nature intrinsèque, se classer parmi les actes de juridiction volontaire, c'est-à-dire parmi ces actes qui sont très probablement des actes juridictionnels, quoique les pouvoirs du juge y soient réduits à un simple rôle de constatation passive de leur régularité formelle.

II

Voies de recours dont sera susceptible l'ordre amiable.

Ayant ainsi fixé la nature juridique de l'ordre amiable, il nous sera maintenant plus facile de déterminer les voies de recours dont il sera susceptible.

L'ordre amiable est essentiellement un contrat judiciaire. Or, pour nous, les contrats judiciaires sont des actes doublement complexes, puisqu'ils se réalisent par la superposition d'un jugement à un contrat, sans pourtant que l'on soit en droit d'affirmer que l'une des institutions absorbe entièrement l'autre.

Pour nous, le contrat judiciaire n'est pas exclusivement ou jugement ou contrat, il est à la fois les deux. Par suite, il est susceptible de deux sortes de voies de recours, les unes adéquates au contrat, les autres dirigées contre le jugement.

En tant que contrat, l'ordre amiable pouvait donc certainement être attaqué par la voie de l'action en nullité.

Par suite, sur ce premier chef, il convient d'approuver entièrement l'arrêt de la Cour suprême.

Par contre, la seconde disposition de l'arrêt qui exclut les voies de recours contre l'ordonnance du juge nous semble plus critiquable. La question mérite d'être envisagée au double point de vue des idées rationnelles et des exigences du Code de procédure.

Au point de vue rationnel l'ordonnance du juge ne doit pas échapper à la possibilité d'un recours. Seulement le recours se trouve en fait ici limité par suite du rôle restreint qui est assigné au juge. Il ne saurait être question d'attaquer sa décision pour défaut d'opportunité, si on lui refuse tout pouvoir d'homologation, si dans tous les cas on l'oblige à constater purement et simplement l'accord des créanciers.

Sa décision ne peut donc être attaquée qu'au cas d'illégalité, (incompétence ou excès de pouvoir), par exemple si le juge

a ordonné la radiation d'inscriptions autres que celles qui portent sur les biens dont le prix est mis en distribution.

De même le procès-verbal qui mentionnerait faussement le consentement des créanciers pourrait être également attaqué par la voie de l'inscription de faux. Mais là s'arrêtent les recours qui seront possibles contre l'ordonnance du juge. La logique commande donc sur ce point, sinon une disparition complète, du moins une limitation des causes de recours.

Le Code de procédure interviendra de plus pour limiter les formes de ces recours. Comme pour l'ordre judiciaire le seul recours possible sera très probablement l'opposition dans les délais très brefs prévus par l'article 767.

Et c'est pourquoi si, en théorie, on peut reprocher à l'arrêt de la Cour de cassation d'avoir systématiquement exclu les voies de recours contre l'ordre amiable ; en pratique, il faut bien reconnaître que les voies de recours que nous reconnaissons aux parties auront rarement l'occasion d'être mises en œuvre.

ERRATA ET ADDENDA

Bibliographie.

Nous tenons à réparer à cette place une lacune qui s'était glissée dans notre bibliographie. Nous avions omis de signaler un nouvel article de Japiot paru dans le 4e cahier de la *Revue trimestrielle* de 1912, p. 1035, qui, à propos de la nature très controversée de l'ordre amiable, reprend à nouveau la théorie de la juridiction gracieuse.

Dans cet article, notre auteur signale qu'il serait peut-être possible de résoudre les graves conflits qui existent en cette matière, en évitant de classer certains actes parmi la juridiction gracieuse ou contentieuse,en leur attribuant tout simplement le caractère d'*actes mixtes*. Nous faisons toutes réserves sur cette conception nouvelle.

Au point de vue formel, elle nous semble absolument inadmissible. Un acte *est contradictoire ou ne l'est pas*, par suite il ne peut être à la fois gracieux et contentieux, ces deux expressions étant justement, — par définition même — en opposition absolue l'une avec l'autre.

Ce n'est donc qu'*au seul point de vue de la nature intrinsèque* de l'acte gracieux, que l'on peut soutenir que la juridiction gracieuse est une juridiction mixte, puisqu'elle se compose à la fois d'actes juridictionnels et d'actes administratifs.

Mais malgré cette complexité de nature des actes gracieux, cela n'empêche pourtant de s'en faire une idée générale au point de vue formel, en les opposant dans leur ensemble aux actes contradictoires ou actes contentieux. Nous ne saurions donc, pour cette raison, souscrire à la théorie des actes de *juridiction mixte* que son auteur ne propose du reste qu'avec la plus grande réserve.

Texte et table des matières.

Page 54, note 2. — Pendant la publication de notre travail, un arrêt nouveau est venu affirmer le caractère contractuel de l'ordre amiable, et la possibilité de l'attaquer par les voies habituelles de nullité des contrats. Req., 11 juin 1912, D. 1913, 1re partie, p. 286 avec observation de M. le Conseiller Letellier.

Page 156, note 1. — L'arrêt du 28 janvier 1913 indiqué dans cette note a été depuis rapporté au D. 1913.5.48.

Page 174, note 4. — Nous considérons comme logique que le jugement de faillite soit soumis à la formalité de l'exequatur lorsqu'on veut l'opposer à l'étranger. Il convient pourtant d'observer que cette solution a été critiquée par certains auteurs. V. en particulier Despagnet, 1904. *Droit int. privé*, p. 819, qui n'exige « l'exequatur » que pour les actes d'exécution proprement dits.

Page 190. — *Au lieu de* : en contribuer, *lire* : en contribuant.

Page 192. — *Lire* : Titre II. Essai d'une théorie générale de la juridiction gracieuse.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 1

§ 1. — Intérêt pratique du sujet 2
§ 2. — Intérêt théorique du sujet. 8

TITRE PREMIER

De la conception traditionnelle de la juridiction gracieuse.

CHAPITRE PREMIER. — **Droit romain et ancien droit.** . . 13

SECTION I. — *Droit romain* 13

§ 1. — *Imperium* et *jurisdictio*. 13
§ 2. — La conception de la juridiction volontaire à Rome. 15

SECTION II. — *Ancien droit* 24

§ 1. — La théorie romaine de la juridiction volontaire. 25
§ 2. — La théorie canonique de la juridiction gracieuse 29
§ 3. — Fusion de ces deux théories. 32

CHAPITRE II. — **Droit moderne.** 36

SECTION I. — *Doctrines et théories générales* 37

Systèmes de MM. Bertin, Garsonnet, Glasson, Planiol, Japiot, etc. 38

SECTION II. — *Champ d'application de la juridiction gracieuse. - Essai de classement des actes gracieux*. 42

§ 1. — Cas où le juge intervient pour organiser la bonne administration de la justice 45
§ 2. — Cas où le juge intervient pour constater un acte juridique ou un fait matériel. 47
§ 3. — Cas où le juge intervient pour accorder une autorisation. 52

Section III. — *Organisation de la juridiction gracieuse*. . . . 60

§ 1. — Compétence 60
§ 2. — Procédure 65
§ 3. — Preuve. 67

Appendice. — Attribution des consuls en matière de juridiction gracieuse. 68

Section IV. — *Jurisprudence et voies de recours* 76

§ 1. — Non autorité de la chose jugée. 78
§ 2. — Exclusion surtout apparente des voies de recours. 80

Section V. — *Projet de réformes législatives et droit étranger*. 83

§ 1. — Projet de réforme législative du Code de procédure. 83
§ 2. — Droit étranger, italien, allemand et suisse . . . 84

TITRE II

Essai d'une théorie de la juridiction générale gracieuse.

CHAPITRE PREMIER. — **De la nature des décisions judiciaires rendues en matière gracieuse. Recherche d'un critérium**. 93

Section I. — *Distinction de l'acte gracieux et de l'acte contentieux au point de vue formel*. 95
Section II. — *Distinction de l'acte gracieux et de l'acte contentieux au point de vue de leur nature intrinsèque*. 106

§ 1. — Distinction de l'acte administratif et juridictionnel 107
§ 2. — Dans quelle mesure la distinction des actes contentieux et gracieux coïncide-t-elle avec celle des actes administratifs et juridictionnels ? . 115

CHAPITRE II. — **De l'autorité des décisions judiciaires en matière gracieuse**. 131

Section I. — *Autorité de ces décisions au point de vue du droit interne. — Autorité de la chose jugée. — Voies de recours*. . 131

§ 1. — Voies de recours contre l'acte gracieux à caractère administratif. 131

§ 2 — Voies de recours contre l'acte gracieux à caractère juridictionnel. 153

SECTION II. — *Autorité de ces décisions au point de vue du droit international*. 171

§ 1. — Solution actuelle de la question en doctrine et en jurisprudence 172
§ 2. — Solution rationnelle de la difficulté 176

CONCLUSION 183

Lien de notre sujet avec les idées dominantes :

§ 1. — En matière de droit public (Théorie de la séparation des pouvoirs) 183
§ 2. — En matière de science sociale (Tendances interventionistes) 186

ERRATA. 195

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).